This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 946 919

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received JAN 15 1919

Digitized by Google

Digitized by Google

Spain

Digitized by Google

Digitized by Google

PROBLEMAS

DE

DERECHO PENAL

POR

PEDRO DORADO,

PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

TOMO PRIMERO

Las fuentes del Derecho penal. – La interpretación de las leyes penales. – Las leyes penales en el tiempo. – La ignorancia de las leyes penales.

MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN

á cargo de José María Sarda

Ronda de Atocha, 15, centro.

1895

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES ESPAÑOLES

VOL. 19

Digitized by Google

ES PROPIEDAD
Quedan reservados
todos los derechos que marca
la ley.

Digitized by Google

PROBLEMAS

DE

DERECHO PENAL

POR

PEDRO DORADO, y Montero

PROFESOR EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

TOMO PRIMERO

Las fuentes del Derecho penal.—La interpretación de las leyes penales.—Las leyes penales en el tiempo.—La ignorancia de las leyes penales.

MADRID

IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN

á cargo de José María Bardá.

Ronda de Atocha, 15, centro.

1895

SPA
JAI
DOR

Digitized by Google

Cty
D693Ar
U

OBRAS DEL AUTOR

	Pesetas.
El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana.—Dos tomos	8
Doña Concepción Arenal.—Estudio biográfico	1
Problemas jurídicos contemporáneos	3

TRADUCCIONES

La cuestión de la pena de muerte, por Manuel Carnevale	3
La criminología, por R. Garofalo	10
Indemnización á las víctimas del delito, por R. Garofalo, con un *Estudio crítico* sobre la doctrina de Garofalo y de la Nueva Escuela criminalista, por P. Dorado	4
La génesis y la evolución del Derecho civil, por José D'Aguanno	15
El socialismo católico, por F. Nitti, con un *Prólogo* de A. Buylla	6
Derecho político filosófico, por L. Gumplowicz, con *Prólogo* y *extensas notas*, por P. Dorado	10
La reforma integral de la legislación civil, por José D'Aguanno	4
El delito de dos.—Ensayo de psicología morbosa, por E. Sighele	4
La muchedumbre delincuente, por E. Sighele	4
Teoría positiva de la complicidad, por E. Sighele	4
Crítica penal, por Carnevale	5

EN PREPARACIÓN

Problemas de derecho penal.—Tomo segundo.

Tratado de derecho penal, por F. von Liszt, con *Prólogo* y *numerosas notas*, por P. Dorado.

JAN 15 1919

Digitized by Google

PRÓLOGO

El autor de estos apuntes no se ha propuesto ofrecer en ellos al público un Tratado completo de Derecho penal, uno de esos que se llaman «libros de texto», en los cuales se procura condensar los más seguros resultados del saber de una época acerca de determinada materia; quizá lo intente más tarde, cuando se vea más desembarazado de otras empresas que hoy absorben su atención.

El presente libro se compondrá de una serie de capítulos, dominados todos por un pensamiento fundamental, y orgánicamente enlazados, por tanto, los unos con los otros, pero que, no obstante, mantiene cada cual su independencia, hasta el punto de que sin gran dificultad pueden todos ellos convertirse en monografías especiales y separadas.

Y esto, porque así lo exige la índole misma del trabajo que acometo, el cual, más bien que expositivo de doctrina, ó al menos tanto como expositivo, es crítico: es un trabajo en donde trato de ir sometiendo á revi-

Digitized by Google

sión crítica *diferentes problemas* de derecho penal, unos de trascendencia reconocida por todos y muy discutidos, como el de la prevención y la represión de los delitos, el de la imputabilidad criminal, el de la responsabilidad, el de la distinción entre los delitos y las faltas, el del llamado delito imperfecto, el de las denominadas circunstancias de la imputabilidad, etc.; otros bastante descuidados, pero tan importantes, á nuestros ojos, como los anteriores, v. gr., el de las fuentes del derecho penal, el de la interpretación de las leyes penales, el de la retroactividad ó no retroactividad de las mismas, etc., etc.

Cada día se va arraigando con más fuerza en mi espíritu la persuasión de que la sociedad moderna está interiormente trabajada por una multitud de factores, desconocidos por completo ó casi por completo en las sociedades antiguas, y que van lentamente operando sobre ella, hasta que la transformen de arriba á abajo. Uno de estos elementos, de indudable pujanza, influído á su vez por los demás, mejor diríamos, resultante obligada de todos ellos, es el de la concepción realista de la vida y del mundo, concepción que tan extraordinario impulso ha dado á las *ciencias de la naturaleza*, y que ha comenzado á invadir en los últimos años, con avasalladora fuerza, el horizonte de las que, por contraposición á aquéllas, se llamaban *ciencias del espíritu, morales,* etc.

Resultado y causa á la vez de esta invasión, ha sido

Digitized by Google

la aplicación del método experimental al estudio de los fenómenos *espirituales* (psicológicos, morales, jurídicos, políticos...), y la recolección de un respetable número de hechos y de datos que sirven de base al conocimiento realista del mundo del espíritu y sus productos. Las disciplinas sociales y morales han empezado de esta suerte á encarrilarse por la misma vía que las ciencias naturales, por la vía de la observación y el experimento, y á tender á la misma meta que éstas: á conocer la realidad, sus elementos y energías, para dominarlos y someterlos al designio inteligente, final *(zweckmässig)*, del hombre, para adaptar más y más cada día á éste al ambiente que lo rodea (mundo, naturaleza, sociedad).

El movimiento realista ha tenido tanta ó más resonancia que en otras esferas, en la penal, donde á estas fechas hay ya un arsenal abundante de observaciones relativas al delincuente, al delito y á sus causas, y una rica literatura acerca de estos mismos asuntos, inspirada en sentido positivista.

Pero ¿se ha aprovechado todo cuanto debía el material reunido, para construir un edificio penal *nuevo*? Esto es lo que nosotros nos permitimos poner en duda.

Sea porque el tiempo transcurrido desde que los estudios penales comenzaron á marchar por la senda sociológica moderna es escaso, y no ha habido aún lugar para coordinarlos, rectificar los errores y las inducciones precitadas, poner en armonía unas con otras tesis, y muy singularmente, para hacer que las investigacio-

Digitized by Google

nes todas estén animadas de un único espíritu; sea porque la ley misma de reacción, con que se procede en la ciencia, como en todo, así lo ha exigido, lo cierto es que hasta ahora la actividad de los estudiosos se ha ejercitado especialmente en hacer indagaciones sobre puntos particulares, sin enlazar apenas la exigencia que cada una de ellas implica con la de las otras, sin componerlas todas en un conjunto congruente y armónico, sin formar con las mismas un sistema independiente, distinto del sistema penal actualmente en vigor, antes bien, yuxtaponiéndolas con las afirmaciones sustanciales de este último.

De aquí proviene el hecho de que las teorías penales que preconizan los escritores recientes más avisados, sean todas ellas teorías que podemos llamar *de composición, de transacción,* eclécticas. Por eso, mientras unos se contentan con aceptar de los modernos descubrimientos científicos, antropológicos y sociológicos, lo menos posible, manteniéndose firmes en el espíritu de las doctrinas antiguas, de las doctrinas que se dicen «clásicas», y así lo confiesan de un modo paladino (Pessina, Buccellati, Impallomeni, Conti, Garraud, Aramburu, y aun Lucchini, Liszt, etc.), otros, los de la dirección que consideran como opuesta (Lombroso y los de su escuela), á pesar de tener la pretensión de construir sistemas enteramente *nuevos,* lo que han hecho es introducir, encajar los resultados de la moderna experimentación en el cuadro general de los sistemas *anti-*

Digitized by Google

guos. No de otro modo se explica que continúen todavía pagando tributo á la concepción fundamental «clásica» de la pena como un *mal*, concepción *total y esencialmente contradictoria* con las exigencias del determinismo, de la antropología y de la sociología criminales. Ni se apartan tampoco de esta idea madre aquellos autores que han intentado edificar algo así como una *teoría intermedia* entre las dos anteriores contrarias, tomando de la una y de la otra lo que estiman como más aprovechable (Magri, Alimena, Carnevale, Tarde, Poletti, etc.).

Después de algunos lustros de efervescencia y de lucha en este orden entre los defensores y los adversarios de la que se denomina «nueva escuela», «escuela positiva», «antropológica», etc., nos encontramos, pues, con que no es tan grande como ellos se figuran la oposición entre unos y otros, sino que, bien miradas las cosas, penetrando en ellas un poco adentro, se ve que todos comulgan «en espíritu y en verdad» en una misma iglesia, esto es, en la iglesia clásica.

Y no es, ciertamente, porque no existan ya motivos para otra cosa. El número de datos recogidos, de observaciones hechas, de teorías parciales, verdaderas hijas legítimas del espíritu nuevo, huéspedes molestas del organismo viejo, es ya, á la hora presente, muy considerable: sólo se necesita coordinar, relacionar, organizar, al calor de una nueva idea directriz, al impulso de otra concepción, de la concepción de la función pe-

Digitized by Google

nal como cosa *buena*, útil y amable para todos, única que responde, á nuestro juicio, á las reclamaciones del ambiente real é intelectual engendrado y fortificado á la sombra del movimiento *socialista* (socializado) contemporáneo, á la sombra de las corrientes actuales de cooperación y solidaridad.

La ciencia penal se encuentra aún en aquel momento crítico por el cual atraviesan todas las ciencias al constituirse experimentalmente, á saber: en el momento que puede llamarse *analítico*, en aquel momento en que, por hallarse engolfados los investigadores en afirmar las bases *de hecho* de tal ciencia, no han podido, no han sabido ó no han querido aún elevarse á las inducciones un tanto generales, y mucho menos á las más generales; á aquellas que son el resultado de la coordinación de un grandísimo número de datos, la compenetración y sistematización de todas las inducciones subordinadas, pertenecientes á campos diversos de exploración. En este estado, los puntos de vista de los individuos suelen ser unilaterales. Mas, como sin la combinación de algún modo en el pensamiento entre los varios órdenes de la realidad no se puede vivir, los investigadores en cuestión hacen lo que Descartes decía que había que hacer en la filosofía: mientras se levanta la nueva casa, servirse de la antigua; mientras se elaboran las nuevas concepciones penales generales que establezcan la coherencia y la armonía entre los múltiples materiales acumulados, seguir utilizando las con-

Digitized by Google

cepciones antiguas. Esta es precisamente la causa de la contradicción inevitable en que caen los que, intentando reconstruir *sobre nuevas bases* el edificio del derecho penal, empiezan por dejar en pie los cimientos del edificio antiguo; los que reclaman un conjunto de reformas, cuyo espíritu no puede ser otro que el de la función penal como función *completamente preventiva*, y por ende *buena*, y por otra parte siguen entendiendo que dicha función no puede por menos de ser exclusiva, predominantemente, ó de algún modo *represiva*, *mala*.

Ahora bien: creo yo que ha llegado ya la hora de que en la ciencia penal comience la época de las grandes generalizaciones, la época propiamente *filosófica* (ya que la filosofía no consiste, sino en coordinar unas con otras muchas relaciones particulares y en ver los nexos que entre todas ellas existen; ni el conocimiento vulgar se diversifica del filosófico, sino en la mayor complejidad de este último: el filósofo sabe colocarse en un punto de vista *superior*—siempre REAL—desde el cual descubre conexiones entre las cosas, que escapan al ojo *poco experimentado*). Es ya posible y oportuno empezar á rehacer, á la luz de los nuevos criterios, gran parte de las teorías penales que hemos heredado de las generaciones pasadas, que los «innovadores» aceptan como buenas sin haberlas sometido á examen crítico y que, no obstante, pugnan con buen número de las afirmaciones que sirven de apoyo á sus doctrinas.

Digitized by Google

Y es tanto más posible y oportuno hacerlo, cuanto que, en realidad, no se trata de una obra sin precedentes, de una revolución que trastorne y se oponga á todas, absolutamente á todas las ideas penales existentes hasta el día; sino más bien de desarrollar y *documentar*, por decirlo así, teorías ya presentidas, anunciadas y hasta embrionariamente formuladas por una de las escuelas penales que se ha discutido y combatido más que estudiado en esta segunda mitad del siglo: nos referimos á la escuela correccionalista.

Esta escuela, originada al calor de las grandiosas concepciones metafísico-orgánicas de los filósofos alemanes, particularmente de la krausiana, y nacida cuando solamente puede decirse que se iniciaba el movimiento realista y sociológico contemporáneo, que no pudo por lo mismo aprovechar, tuvo necesariamente que adolecer de aquellos defectos de que adolecen las doctrinas aprioristas, de la falta de datos sobre todo; y por eso sus puntos de vista fueron harto exclusivos y estrechos, concentrando principalmente su atención en la mejora del delincuente, juzgando que la *única* causa de su obrar reprensible era la debilidad ó perversión de su *voluntad*, y descuidando el estudio y reforma de *otras causas* orgánicas y sociales que forman el ambiente determinador de aquella voluntad. Además, esta escuela estaba afecta de un vicio esencial, el de admitir y colocar como base de la penalidad la libertad del agente, la cual es incompatible con el sen-

Digitized by Google

tido interno de todo el sistema correccional. Verdad es que, si se examinan bien los escritos de los representantes más ilustres de esta dirección (del Sr. Giner, por ejemplo, entre nosotros), viene al cabo á resultar que tampoco ellos admiten una libertad de arbitrio, nuda, vacía, absolutamente indeterminada, de cuya existencia ó no existencia, por otra parte, creen (con muchos otros, pero en contra de nuestra opinión) que es posible prescindir para edificar el sistema penal; sino que de lo que hablan es del querer racional, necesitado por la adhesión del sujeto al orden real que se le muestra como conveniente, como útil (justo), y de una libertad que consiste en la subordinación espontánea del obrar á las exigencias del deber, á las solicitaciones de la realidad previamente conocidas por el agente; es decir, hablan de algo análogo á eso que se llama el *contractualismo* contemporáneo, racional (Fouillée y su escuela), y que en suma no es otra cosa que lo que podríamos denominar el *determinismo humano*, tan diferente del *fatalismo ciego* de la naturaleza y de los seres inferiores.

Pero en la escuela correccionalista hay un elemento de grandísima importancia que debe ser aprovechado, y es, su sentido. Las ideas, por la misma vertidas, de que el delincuente es un individuo *inferior* que necesita ser atendido, que el delito es no más que un *síntoma* de aquella inferioridad, que la manera acertada de ejercer la función penal es atacar la *causa*, la *raíz* del delito

Digitized by Google

(la voluntad torcida del delincuente); que este procedimiento no puede menos de redundar en beneficio de la sociedad misma, la cual por eso tiene el *deber* de ejercitar la función penal, y el reo, el individuo inferior, el *derecho* á que se le imponga pena; que ésta no es un *mal*, un castigo, sino un verdadero *bien* para el que la sufre (aunque él no lo estime así), por ser una forma de *tutela*, de *protección*; que, consiguientemente, la función penal debe ser *preventiva*; no represiva; que, en armonía con esto, *debe abolirse la medida penal*..., todas estas ideas deben ser aprovechadas y desarrolladas en un sistema penal que aspire con justicia á diferenciarse sustancialmente del sistema que hoy domina en la casi totalidad de los escritores y en los Códigos vigentes.

Concretando en pocas palabras nuestro pensamiento respecto de este particular, podemos decir que el sistema penal del porvenir (y aun del presente, puesto que, casi sin buscarlo conscientemente nadie, se va él poco á poco formando, por virtud de esa labor que, empleando una paradoja, merece ser llamaba la *sabia labor de lo inconsciente)* debe ser algo así como la unión de la escuela correccionalista y de la positiva, la infusión del espíritu de la primera en el cúmulo no muy ordenado de datos de la segunda, el ensanchamiento del molde metafísico y cerrado de aquélla con la sangre joven y viva, procedente de la observación experimental, que trae ésta: ó lo que es lo mismo, la síntesis experimentalista, la conversión de lo que sólo eran,

Digitized by Google

por así decirlo, intuiciones geniales de los grandes poetas de la especulación filosófica abstracta, en construcción firmemente realista, científica, filosófico-experimental, fundada en la certeza que da la observación de los hechos, su comparación y las inducciones que de aquí se sacan.

Para una obra semejante, se necesita, dada su misma índole, la cooperación de muchos estudiosos y el concurso de muchas generaciones; por eso, la pretensión de que uno solo, ó pocos, aunque sean genios, han de poder llevarla á cabo, es una pretensión temeraria, absurda y hasta ridícula. Por mi parte, no aspiro á otra cosa sino á que el presente libro, al propio tiempo que ofrezca una prueba de la inconsistencia é interna contradicción de las teorías penales hoy reinantes, sin distinción apenas de escuelas ni direcciones, sirva como de *señal* de la necesidad que se impone hoy con gran fuerza á los pensadores de someter á revisión crítica una buena parte de las doctrinas que vienen aceptando como inconcusas y concediéndoles el *exequatur*, y de *toque de atención* á esos mismos pensadores para que la conviertan hacia un horizonte que tienen casi por completo abandonado.

A esto último se dirige en especial el presente tomo primero de los *Problemas de derecho penal*. Si lo conseguimos, nos daremos por muy satisfechos con nuestro trabajo.

En el tomo segundo procuraremos fijar el concepto

Digitized by Google

del derecho penal y la naturaleza de la función penal, determinando uno y otra al establecer sus relaciones con otras funciones de las cuales quiere diferenciarse á ésta (la prevención, la función de policía, la función disciplinar) y con otras disciplinas con las que se pretende por algunos confundir al derecho penal, y de las que otros desean apartarlo completamente.

Dos advertencias antes de concluir: 1.ª Por lo mismo que las doctrinas expuestas en el presente trabajo tratan de responder á concepciones opuestas á aquellas que hoy dominan en materia penal, nos hemos visto precisados á insistir mucho en ciertos conceptos, para que se vea bien el enlace que las diferentes materias tienen en nuestro pensamiento. Lo cual acaso nos ha hecho incurrir en repeticiones, que fatigarán al lector culto é inteligente, pero que no hemos sabido evitar, pues tales conceptos, muy contrarios en general á los corrientes, forman la clave de todo el sistema penal que se propugna. 2.ª La circunstancia de hallarse fundados y subordinados semejantes conceptos á otros más generales, ó completados por otros afines y colaterales, tampoco muy aceptados, ha hecho que tengamos que dar muchas veces en notas ciertas explicaciones y aclaraciones que encajarían bien en el cuerpo de los Tratados doctrinales correspondientes.

P. Dorado.

Salamanca, Abril, 1895.

Digitized by Google

I

Sobre el valor de la ley, como única fuente de derecho en materia penal.

1. Si se observa con un poco de atención cuáles sean los principios que sientan los autores doctrinales, é inspirándose en ellos las legislaciones positivas, en lo concerniente á la formación, aplicación, efectos, etc., de las leyes, se advertirá la excepcional situación en que se coloca á las penales, de manera tal, que no hay canon alguno de la doctrina general de la ley que sea perfectamente aplicable á estas últimas, ni regla que no se tuerza ó se quiebre cuando se pretende someter á ella la materia en cuestión. Ora se trate del valor que los Tribunales pueden y deben dar, para la fundamentación de sus fallos, á lo que se denomina fuentes del derecho (ley escrita, costumbre, jurisprudencia, opiniones de los autores, derecho natural...); ora se trate de las normas que han de tenerse presentes para la recta interpretación de las reglas jurídicas, tanto por los Tribunales como por los Jurisconsultos; ora se trate de la eficacia que las leyes pueden tener con relación á las distintas circunstancias de tiempo, de lugar, de persona... en cualquiera caso, las condiciones en que se coloca á la ley penal son *muy distintas*, cuando no *enteramente contrarias*, á las en que se coloca á las demás leyes.

Nos parece, por tanto, conveniente estudiar una por una todas estas excepciones, someterlas á examen crítico, indagar

Digitized by Google

la razón de las mismas, y ver si esta razón es, y hasta qué punto, defendible, justa, lo cual haremos en este artículo y en los siguientes.

2. Los autores de materias penales, lo mismo los de tratados propiamente didácticos y filosóficos, que los comentaristas, afirman casi unánimemente que no hay más delitos que los que con este carácter están *comprendidos* y *castigados* en la ley penal. Así lo declaran de una manera terminante desde los más antiguos hasta los más recientes. Para no cansar con demasiadas citas, copiaremos tan sólo las palabras de algunos de ellos, de los más celebrados. «Algún jurisconsulto ilustre—dice Romagnosi—ha definido el delito una acción prohibida por las leyes y por las mismas castigada. Esta definición, que sería precaria, peligrosa y á menudo absurda para el publicista jurista y para el político, es exacta y consecuente para el Jurisconsulto y el Magistrado. El publicista no tiene más norma para sus raciocinios que las reglas inmutables y eternas del derecho universal, fundadas en las relaciones que la naturaleza humana mantiene con los seres que la circundan; reglas *inflexibles* y *superiores* á toda institución humana.

»La sana política tiene por objeto conducir á los hombres á la máxima felicidad social, esto es, producir la mayor suma posible de felicidades particulares, armonizadas unas con otras; pero también esto es una resultante de relaciones cuyo fundamento es *anterior* al arte humano.

»Pero EL JURISCONSULTO NO TIENE OTRO CRITERIO DE JUSTICIA Y DE VERDAD MÁS QUE EL CÓDIGO CIVIL (esto es, escrito) DE LA NACIÓN, y si quisiera hacerse superior á él ó apartarse del mismo, se extralimitaría de la esfera de sus deberes y del carácter que como tal Jurisconsulto le rodea.

»Ahora, si el Gobierno le deja libertad para interpretar las leyes, ó para suplir su silencio—*libertad siempre ilegítima y peligrosa y muchas veces funesta*, pero que EN OCASIONES ES UN BIEN, CUANDO LAS LEYES SON BÁRBARAS Ó ABSURDAS, Y QUIEN LAS ESTUDIA Y ESTÁ ENCARGADO DE APLICARLAS ES ILUSTRADO Y HUMA-

Digitized by Google

NO,—entonces, y *sólo entonces*, es cuando puede acudirse, para suplirlas, á los principios de derecho universal y de buena política, antes bien, debe acudir á ellos el Jurisconsulto para sus dictámenes y el Magistrado para sus decretos.

»Por tanto, yo no admito que pueda ser lícito nunca castigar una acción que no esté amenazada con sanción positiva, ni aun siquiera con el pretexto de que puede ser inmoral, porque el Magistrado usurparía las funciones del legislador...» (1).

Según Rauter, «para que una acción sea delito no basta que haya una ley que la incrimine y que la amenace con perseguirla criminalmente, sino que es necesario que esté castigada por la ley *con una pena determinada*... De donde se sigue naturalmente que, *por inmoral* y *perjudicial* que sea una acción; por mucha analogía que tenga con un delito definido por la ley penal, y *por contraria* que sea á la paz pública ó á la *ley natural*, no podrá ser castigada como delito» (2).

De un modo análogo se expresa Ortolán: «Si á los ojos de la justicia absoluta—dice—un acto que haya ó no sido previsto de antemano merece recompensa ó castigo, según su naturaleza, es decir, según es bueno ó malo en sí, no sucede lo mismo á los ojos de la penalidad social. Como esa penalidad debe tener por base lo justo á la par que lo útil, es un principio superior que ningún acto puede ser castigado con penas que no hayan sido establecidas por la ley antes que aquel acto fuese cometido» (3).

En los escritores más modernos se encuentra expresada esta misma idea. Carrara dice, entre otras cosas: «Delito es la *infracción de la ley del Estado*... El concepto de un delito sin ley previa repugna, no sólo á la justicia, sino también á la políti-

(1) Romagnosi, *Opere*, vol. 1.°; *Genesi del diritto penale*, tomo 1.°, parte tercera, libro 2.°, cap. 1.°, págs. 189-190; Florencia, 1844.

(2) Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel français*; Paris, 1836, tomo 1.°, págs. 122-124. V. también pág. 53.

(3) Ortolán, *Tratado de derecho penal*, trad. esp. por D. Melquiades Pérez Rivas; Madrid, 1878, tomo 1.°. pág. 85.

Digitized by Google

ca» (1). Garraud afirma que «para que una acción ó inacción (omisión) constituya una infracción, es necesario que haya sido prohibida ó mandada por una ley penal» (2). Según Haus, «la ley penal, al reprimir ciertos actos, los convierte en delitos... Ningún hecho puede ser calificado como delito, ninguna pena puede ser aplicada sino en virtud de una ley; y ningún delito puede ser castigado con penas que no hayan sido establecidas por la ley antes de cometerse la infracción» (3). Y de una manera muy análoga se expresa la gran mayoría de los tratadistas (4).

---

(1) Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, séptima edición; Luca, 1889-1891, parte general, vol. 1.°, págs. 75-79. V. también el vol. 2.°, página 109.

(2) Garraud, *Traité theorique et pratique du droit pénal français;* París, 1888, tomo 1.°, págs. 163 y siguientes. V. también las págs. 119 y siguientes.

(3) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, tercera edición; París, 1879, tomo 1.°, págs. 39, 43 y siguientes.

(4) Véase Pessina, *Elementos de derecho penal*, trad. esp., con notas de Aramburu, Madrid, 1892, tomo 1.°, págs. 117 y siguientes; Rossi, *Œuvres complètes;—Traité de droit pénal*, cuarta edición, París, 1872, tomo 2.°, páginas 348 y siguientes; Tissot, *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones*, etc., trad. esp., Madrid, 1880, tomo 1.°, libro 1.°, cap. 1.°; Trébutien, *Cours elementaire de droit criminel*, segunda edición, París, 1878, tomo 1.°, págs. 109 y siguientes; Arabia, *Principi del diritto penale applicati al codice italiano*, Nápoles, 1891, págs. 79 y siguientes; Boitard, *Leçons de droit criminel*, décimatercera edición, París, 1889, pág. 41; Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la penalité et de la responsabilité*, segunda edición, París, 1874, tomo 1.°, págs. 6 y siguientes; Silvela, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, tomo 2.°; Ramiro Rueda, *Elementos de derecho penal*, segunda edición; Santiago, 1889, tomo 1.°, págs. 120 y siguientes; Chauveau et Hélie, *Théorie du code pénal*, sexta edición, París, 1887, tomo 1.°, págs. 40 y siguientes, Travaglia, *Il nuovo codice penale italiano*, Roma, 1889, tomo 1.°, págs. 26 y siguientes; Impallomeni, *Il codice penale italiano*, Florencia, 1890, tomo 1.°, págs. 64 y siguientes; Villey, *Précis d' un cours de droit criminel*, quinta edición, París, 1891, pág. 54; Blanche, *Etudes pratiques sur le code pénal*, segunda edición, París, 1888, tomo 1.°, págs. 45 y siguientes; Lacointa, *Code pénal d' Italie*, París, 1890, págs. 3, 4, 26 y siguientes; Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano*, parte general, Florencia, 1884, págs. 2 y siguientes; *Progetto del codice penale per il*

Digitized by Google

Dado este criterio, no es extraño que no reconozcan otra fuente del derecho penal más que la ley, y que todas las otras fuentes, que se admite que lo son en las demás materias que no sean ésta, queden aquí proscritas. Los Tribunales y los Jurisconsultos podrán y deberán invocar, como fundamento de sus decisiones y de sus dictámenes, por punto general, además del derecho escrito ó legislado, el derecho consuetudinario, la jurisprudencia, el derecho científico, el derecho natural y aun el derecho derogado; pero cuando se trate de asuntos penales, no les es lícito echar mano de otros preceptos que de los consignados en las leyes promulgadas por el Poder público. Y aun más: no están autorizados para acudir á cualquiera ley positiva, sino que precisamente han de hacerlo á la ley penal; y si ésta es oscura ó deficiente, no podrán hacer objeto de su examen el hecho de que se trate ni imponer sanción alguna al autor del mismo (1).

3. Siendo esta la doctrina corriente en la ciencia, se explica muy bien que se hayan hecho eco de ella las legislaciones positivas y que la hayan incluído entre sus preceptos: al cabo, los Códigos no son otra cosa más que un trasunto, más ó menos fiel, de las ideas de sus autores, y éstas, el reflejo de las generalmente recibidas en su tiempo y en su pueblo.

---

regno d' Italia, presentado á la Cámara de Diputados por el Ministro Zanardelli el 22 de Noviembre de 1887, Roma, 1888, págs. 53 y siguientes; *Verbali della commissione*, etc., Roma, 1889, págs. 9 y siguientes; Pacheco, *El código penal concordado y comentado*, sexta edición, Madrid, 1888, tomo 1.°, págs. 75 y siguientes, 86 y sigs., 298 y sigs.; García Goyena, *Código criminal español, según las leyes y práctica vigentes*, Madrid, 1843, tomo 1.°, libro 1.°, tít. 1.°, sección primera, pág. 28; Vizmanos y Alvarez, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, tomo 1.°, págs. 7 y siguientes, 16 y sigs., 208 y sigs.; Viada y Vilaseca, *Código penal reformado de 1870*, etc., cuarta edición, Madrid, 1890, tomo 1.°, págs. 18, 31 y 402; Groizard, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, Burgos, 1871, tomo 1.°, págs. 48 y siguientes, 62 y sigs., y tomo 2.°, págs, 90 y sigs.; Vicente y Caravantes, *Código penal reformado*, Madrid, 1851, págs. 9, 11 y siguientes, 128 y sigs.

(1) V. Trébutien, Arabia, Haus y otros autores de los anteriormente citados, y sobre todo Rauter, ob. cit., tomo 1.°, págs. 118 y siguientes.

Digitized by Google

Desde que el Código penal francés de 1810,—para llenar un vacío que los escritores y los políticos habían notado en el Código de los delitos y de las penas de 3 brumario, año IV (1), y para dar satisfacción á las exigencias sentimentales é individualistas de la escuela de Beccaria y los que le siguieron—dispuso «que ninguna contravención (falta), ningún delito ni ningún crimen pudieran ser castigados con penas que no hubieran sido pronunciadas por la ley antes de haber sido cometidos» (2), todas las leyes y códigos penales que se han dado posteriormente, tomándole por modelo é inspirándose en análogos principios, han repetido, con escasas variaciones, el mismo precepto (3). Y á lo que parece, no ha llegado aún el momento

(1) Este Código definía el delito de la siguiente manera: «Hacer lo que prohiben y no hacer lo que mandan las leyes que tienen por objeto la conservación del orden social y de la tranquilidad pública, es un delito.» Se censuraba esta definición porque en ella no se hablaba de la prohibición sancionada con una pena, que es—decían—el elemento necesario para que el delito exista.

(2) Art. 4.°

(3) Por ejemplo, el antiguo Código prusiano decía en su art. 2.°: «Ningún crimen, delito, ni contravención pueden ser castigados con penas que no hayan sido determinadas por la ley antes de haber sido cometidos»; el Código austriaco dice en su art. 6.°: «No es delito ni grave infracción de policía sino lo que está calificado de tal por el presente Código»; el mismo Código en su art. 26: «La pena debe ser aplicada dentro de los límites de la ley, sin que pueda imponerse otra más dura ni más suave que la que aquélla prescribe, atendidas las circunstancias del delito y la posición de su autor», y en el artículo 27: «A ningún delincuente podrá imponérsele otra pena que la determinada por el presente Código»; el Código belga, en su art. 2.°: «Ninguna infracción puede ser castigada con penas que no estén establecidas por la ley antes que aquélla se cometa»; el código penal holandés, art. 1.°: «Ningún hecho será punible, sino en virtud de una ley penal anterior»; el Código penal portugués, art. 1.°: «Crimen ó delito es el hecho voluntario declarado punible por la ley penal»; el mismo Código, art. 5.°: «Ningún hecho, ya consista en acción, ya en omisión, puede juzgarse criminal sin que una ley anterior lo califique de tal»; el mismo Código, art. 18: «No son admisibles las analogías é inducciones por paridad ó mayoría de razones para calificar un acto como delito: es necesario siempre que concurran los elementos esencialmente

Digitized by Google

de que el estado actual de cosas desaparezca de las legislaciones y de que ocurra en éstas un cambio notable sobre el particular, pues en los Códigos penales más recientes (1) y en los que están en proyecto (2) se consigna el consabido principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege.*

4. También en la legislación española se ha hallado y se halla consagrado. El primer Código penal que ha existido en nuestro país, ó sea el de 1822, reprodujo en su art. 3.° la disposición del art. 4.° del Código penal francés de 1810, prescribiendo lo siguiente: «A ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada

constitutivos del hecho criminal que la ley expresamente declara»; el mismo Código, art. 68: «No podrá ser aplicada pena alguna que no esté prefijada por la ley»; el código imperial federal de Alemania, art. 2.°: «No podrá castigarse una infracción con penas que no se hayan dictado antes de haberse cometido aquélla»; el antiguo Código italiano, art. 3.°: «Ningún delito puede castigarse con pena que no esté determinada en la ley antes que fuese cometido»; el mismo Código, art. 4.°: «Los jueces no podrán aumentar ni disminuir la pena impuesta por la ley, ni conmutarla, sino en el caso y dentro del límite que en la ley esté determinado». Preceptos análogos se encuentran consignados en muchos otros Códigos, como en los de Suecia, Dinamarca, Noruega, Hungría, Rusia, en las Repúblicas americanas, tanto del Sud como del Norte, etc.; sin embargo, no hay necesidad de reproducirlos textualmente, pues con lo anterior basta para demostrar cuán generalizado está en las legislaciones positivas el principio á que nos venimos refiriendo, de que en materia penal no hay más fuente de derecho que la ley.

(1) Como el italiano de 1889, el cual, en su art. 1.° dispone que «nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción *(reato)* por la ley, ni con penas que no estén establecidas en ésta»; el art. 2.° del mismo Código dice que «nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que se cometió, no constituía delito»; el 29, que prescribe que «las penas no pueden ser aumentadas ni disminuídas, ni conmutadas, sino en los casos expresamente determinados por la ley», etc.

(2) Como los proyectos de Código penal francés, ruso, austriaco, los abortados proyectos españoles, el de la República argentina, y otros. En los proyectos de Código penal italiano, preparatorios ó antecedentes del aprobado en 1889, en todos ellos se encuentra dicho principio. Véase Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, libro primero, parte general, Florencia, 1884, pág. 2.

Digitized by Google

antes de su perpetración». El Código de 1848 no quiso pecar por defecto en esta parte; y aun á riesgo de incurrir en lo que alguno de nuestros comentaristas ha llamado una «censurable redundancia» (1), sus autores debieron proponerse dejar bien afirmada la máxima de que no hay más delitos que los que la ley considera tales, ni pueden, por tanto, castigarse otros actos que los previamente definidos por ésta, puesto que después de haber dicho en el art. 1.º que «es delito ó falta toda acción ú omisión voluntaria *penada por la ley*», añadieron en el art. 2.º: «No serán castigados otros actos ú omisiones que los que *la ley con anterioridad* haya calificado de delitos ó faltas», y en el artículo 19: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetración». El Código de 1850, esto es, el de 1848 reformado, dejó las cosas casi en el mismo estado en que las encontró, es decir, reprodujo los artículos 1.º y 2.º; pero varió la redacción, no la sustancia, del 19, formulándolo de esta manera: «No será castigado ningún delito, ni las faltas de que sólo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de la Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad». El Código vigente de 1870 ha reproducido el art. 1.º del de 1848 y 1850 con leve variación (2), ha suprimido la primera parte, que hemos transcrito, del art. 2.º de éstos, y ha consignado, en su art. 22, el principio del art. 19 antiguo, no en la forma del Código de 1850, sino en la del de 1848 (3). Por consiguiente, se-

(1) Groizard, *El código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo 1.º, página 63, Burgos, 1870.

(2) «Son delitos ó faltas—dice—las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.»

(3) Art. 22 del Código de 1870: «No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración.» Aunque para alguno de los comentaristas del Código de 1870, Vocal de la Comisión legislativa, es «incomprensible» el fundamento ó motivo que el Código de 1850 tuvo para variar la redacción del art. 19 del de 1848, añadiendo

Digitized by Google

gún el derecho penal positivo español, los Jueces y Tribunales del orden criminal no podrán acudir á otra ninguna fuente más que á la ley para dictar sus fallos; no á la costumbre, no á la jurisprudencia, no á la equidad...

Sin embargo, creemos que desde la publicación del Código civil puede ofrecerse alguna duda respecto del particular. El título preliminar de este Código contiene disposiciones generales aplicables á *todas* las leyes, y no sólo á las civiles; y el art. 6.º de este título prescribe lo siguiente: «El Tribunal que rehuse fallar á pretexto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará

---

las palabras «ni las faltas de que sólo pueden conocer los Tribunales», y por tanto, encuentra justificado el que se haya vuelto á la primitiva fórmula, la verdad es que el legislador de 1850 no introdujo la variación de que se trata caprichosamente y sin razón alguna. La prescripción del referido artículo 19, circunscribiendo la aplicación del principio consagrado en el mismo á sólo las faltas *de que pueden conocer los Tribunales*, sin extenderla á las de que pueden conocer las autoridades administrativas, tenía por objeto, según dice un comentarista, «dejar libres y desembarazadas á estas autoridades para *corregir* gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes.» V. Vicente y Caravantes, *Código penal reformado*, Madrid, 1851, pág. 129. Es decir, que el Código de 1850 quería introducir una distinción entre las faltas que se deben *castigar* (las de que conocen los Tribunales), á las cuales no podía aplicarse otras formas de represión que las previa y taxativamente establecidas por la ley, y las faltas que se deben *corregir* (las de que conocen las autoridades administrativas), á las cuales podía aplicarse formas de represión no establecidas de un modo taxativo en las leyes. En el vigente Código hay también algo parecido á esta distinción, cuando dice, en su art. 25, que «no se reputarán penas:... 3.º Las multas y demás *correcciones* que en uso de las atribuciones gubernativas ó disciplinarias impongan los superiores á sus subordinados ó administrados», y en su art. 625, que las disposiciones del libro tercero del Código, relativo á las faltas, «no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales ó cualesquiera otras especiales competan á los funcionarios de la Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno, y para *corregir* gubernativamente las *faltas* en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes».

Digitized by Google

la costumbre del lugar, y, en su defecto, los principios generales del derecho». Ahora, si es verdad que las reglas y prescripciones de dicho título preliminar se refieren *á toda clase de leyes*, tendremos que los Tribunales del orden penal, lo mismo que los del orden civil, pueden y deben acudir, para fundamentar sus fallos, en primer término, á la ley, pero á falta de ley, á la costumbre y á los principios generales del derecho. No pretendemos decir con esto que efectivamente el legislador haya querido, al publicar el Código civil, derogar los preceptos contrarios del Código penal (1); antes bien, dado el espíritu que viene dominando en la materia, esto es, de absoluta restricción del arbitrio judicial, es casi seguro que sus propósitos no fueron tales; mas, en nuestro juicio, hay aquí motivo para una duda racional, no sólo por lo que ya queda dicho, sino porque en la ciencia penal contemporánea, y aun en las legislaciones, se ha comenzado á anunciar, como veremos, una tendencia á dar á los Tribunales cierta amplitud al dictar sus fallos y á concederles cierto prudente discrecional arbitrio en la aplicación de la ley (2).

5. Ahora, ¿cuál será el motivo de que repetido principio, *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*, se halle tan generalizado, y de que lo admitan, según se acaba de ver, tan unánimemente lo mismo los tratadistas que los códigos?

El verdadero y fundamental motivo no es otro que el de la consideración de la pena como un *mal*, que se impone al delincuente como retribución y retorsión de otro mal que él ha causado, y como forma de dar satisfacción al sentimiento de

---

(1) Además de los citados artículos 1.° y 22, es contrario el precepto del art. 2.°, que dice: «en el caso en que un Tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, *se abstendrá de todo procedimiento* sobre él y expondrá al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal».

(2) Las causas de este fenómeno son muy varias y no podemos analizarlas aquí. Más adelante haremos indicación de algunas. Por lo demás, para nuestro objeto basta con que quede sentado que el fenómeno existe.

Digitized by Google

venganza, individual ó social, es decir, como medio de que el agente *purgue* y *expíe* el mal que ha originado. Esta concepción de la pena *(malum passionis propter malum actionis)* es tan general, tan universal, se ha arraigado de tal manera en nosotros, que sólo el ponerla en cuestión constituye para ciertos pensadores serios (1) un atrevimiento inaudito. ¡Es tal la fuerza y la presión que sobre nuestro espíritu ejercen las ideas recibidas como indiscutibles, y más si, como ésta, han ejercido un imperio absoluto sobre la sociedad durante muchos siglos!... (2).

De esta razón primordial (que es la que ha hecho que la materia criminal sea odiosa y que, por lo mismo, hayan venido los autores colocándola en una situación verdaderamente anómala) (3) han provenido otras secundarias y próximas, que son las que los tratadistas aducen en defensa del principio que viene ocupándonos.

En efecto, como, según dice Aramburu, con otro motivo, «fué posible en la historia, mientras la ignorancia y la fuerza bruta dieron base á regímenes de privilegio y á dolorosas con-

---

(1) De aquellas gentes que, creyéndose ilustradas, sólo saben hacer gala de su donaire cuando hablan de la pena como un *bien* y del *derecho á la pena* que el delincuente tiene, no hay por qué ocuparse: forman entre el *infinitus numerus*, y por tanto, en el pecado de su ignorancia llevan la penitencia.

(2) Nos parece de todo punto innecesario aducir pruebas del hecho á que nos referimos, porque la casi totalidad de los autores dice bien claramente que la pena es un mal, y todo el sistema penal dominante, lo mismo en la doctrina que en las legislaciones y que en la sociedad, está impregnado de este concepto (aunque no tan en absoluto como se cree). V. por todos Carrara, ob. cit., tomo 2.°, pág. 46, donde define la pena diciendo que es «aquel *mal* que, en conformidad á la ley del Estado, infligen los Magistrados á aquellos que, con las debidas formalidades, son declarados culpables de un delito». Bueno es, sin embargo, advertir que no se concilia muy bien con el concepto de la pena como un mal (objetivamente, aun cuando cause DOLOR—que *no es lo mismo que* MAL)—la consideración de la misma como un *contenido* NECESARIO *del derecho*, que también dice el propio Carrara, ob. cit., tomo 2.°, introducción, pág. 9.

(3) Ya lo iremos viendo en el curso de este libro.

Digitized by Google

fusiones, atribuir al poder público una facultad punitiva ilimitada, que se empleó, mejor que en la defensa social, en la defensa de intereses egoístas de persona ó de clase» (1); como, por tanto, los Poderes públicos y los Tribunales, como instrumentos suyos, venían abusando del empleo de aquellos medios *duros* y *malos* para el individuo, que se llaman penas, fué preciso que, al afirmar la personalidad individual frente á la del Estado, con propio valor, y al establecer las garantías de aquella personalidad y los límites más allá de los cuales no podía ir la acción del poder, ni causar molestias á los ciudadanos (derechos individuales, del hombre, etc.), se consignaran también en el orden penal ciertas garantías de la libertad y seguridad del individuo, y se pusiera coto á los posibles abusos del poder judicial, prohibiéndole reprimir los delitos con otros castigos, con otros *males*, con otras penas, que aquellas que estuvieran previamente determinadas y tasadas por la ley. De aquí que desde fines del siglo pasado, esto es, desde que comenzó la época constitucional (2), se haya venido consignando en las constituciones y en las leyes, junto á las demás garantías del individuo, la que podremos llamar *garantía penal*, esto es, la de no poder ser procesado ni penado, ni siquiera

---

(1) Aramburu, *notas* á la traducción española de los *Elementos del derecho penal*, de Pessina, tomo 1.°, pág. 61.

(2) Entendiendo por tal la época en que comenzó á afirmarse la soberanía popular (después nacional y luego del Estado) y á pedirse el respeto de los derechos del hombre y del ciudadano. De que por época constitucional puede entenderse esto, tenemos una prueba en el concepto que de las Constituciones se tenía y en el espíritu que las informaba cuando aparecieron. Eran entonces las Constituciones, más que la ley fundamental del Estado con arreglo á la cual ha de regirse la vida toda de éste y organizarse sus poderes, «una ley *que un pueblo impone á sus gobernantes, para garantirse á sí mismo contra el despotismo de éstos*», según la definición que daba Romagnosi. V. Palma, *Corso di diritto costitusionale*, Florencia, 1884, tomo 1.°, parte primera, introducción, pág. 47.

Digitized by Google

detenido ni preso, sino con arreglo á lo que la legislación positiva disponga (1).

---

(1) La manera cómo en la historia ha venido elaborándose este principio hasta llegar á constituir lo que hoy es, uno de los llamados *derechos individuales ó personales*, es enteramente análoga á aquella como han venido elaborándose todos los demás congéneres, es decir, revolucionariamente; así se ha afirmado lo que se dice la personalidad individual y todos los derechos que la constituyen. Sin que pretendamos exponer aquí este largo proceso de formación de la personalidad y de reconocimiento del conjunto ó *colonia* (como la llama Schiattarella) de derechos que la integran—porque esto corresponde al derecho constitucional y á la filosofía del derecho,—conviene que digamos que la *garantía penal* ha figurado siempre en las llamadas *declaraciones de derechos*, ó sea entre los medios con que los ciudadanos han tratado de afirmar su personal libertad, independencia y autarquía, y de poner coto á los abusos é injustificadas ingerencias de los poderes públicos y de sus órganos.

Para no remontarnos más atrás, buscando en el curso de toda la historia la raíz de este derecho, como de los demás derechos individuales, y el modo cómo va lentamente surgiendo á medida que surge y se consolida la personalidad jurídica, diremos que en Inglaterra, el país de las libertades, hace ya siglos que se había consignado, de un modo explícito, la prohibición de detener, aprisionar, etc., á los ciudadanos, sino en la forma y casos establecidos por la ley. *Nullus liber homo*—decía la *Magna Carta*—*capiatur vel imprisonetur... nisi per* LEGALE JUDICIUM *parium suorum*, VEL PER LEGEM TERRÆ. En el famoso *Habeas corpus* se aseguraba, de una manera bastante más eficaz, la libertad y seguridad individuales contra los abusos de los Magistrados, y hasta se llegaba á imponer á éstos fuertes multas en favor de los prisioneros, cuando hubiesen negado el *Writ* ó auto de *Habeas corpus*. (V. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, tomo 3.°, Florencia, 1885, págs. 74 y siguientes.)—En la Constitución federal de los Estados Unidos de América del Norte no se hizo en un principio más que organizar los poderes públicos, pero en 1789 se hicieron ciertas adiciones á la misma, referentes á las libertades individuales, y entre ellas figuraba alguna que llevaba el propósito de garantir la seguridad individual.—Cuando esta garantía se afirmó ya de un modo seguro y mucho más explícito de lo que lo había sido hasta entonces, fué en la época de la Revolución francesa. El art. 7.° de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, decía de esta manera: «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas por la misma...», y en el 8.°: «La ley no debe establecer más penas que las que sean estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anteriori-

Digitized by Google

6. Es tan cierto lo que decimos, que los autores se creen generalmente dispensados de dar razón alguna que justifique la existencia del principio *nullum crimen sine lege; nulla pœna*

---

dad al delito y legalmente aplicada». La Constitución de 1791, en su art. 1.°, reconocía en todos los hombres la libertad de andar y de moverse, sin poder ser arrestados ni detenidos sino con las formalidades prescritas por la Constitución. De esta Constitución ha ido pasando el principio á las demás que se han publicado en Francia, en todas las cuales ha figurado. Asimismo lo han sancionado las Constituciones de todos los demás países que más ó menos han tomado por modelo á Francia, y lo sancionan las que actualmente se hallan en vigor en la mayoría de los países civilizados. No hay necesidad de reproducir el texto de sus disposiciones, que son en todas muy semejantes. Sólo queremos citar, por interesarnos más directamente, lo que acerca del particular han preceptuado las diferentes Constituciones que, en lo que va de siglo, han estado vigentes en nuestro país. En la de 1812 hay varios artículos que se refieren á este particular, sin duda por ser la primera vez que se establecía en España la *garantía penal* y se cortaba el arbitrio judicial, que había producido tantos abusos. «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles y criminales—dice el art. 247—por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley». El art. 247 dispone: «Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca, según la ley, ser castigado con pena corporal...». Los artículos siguientes están también dictados con el propósito de garantir la libertad y seguridad individuales. Constitución de 1837, art. 1.°, núm. 7.°: «No puede ser detenido ni preso... ningún español..., sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; núm. 9.°: «Ningún español podrá ser procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban». Exactamente lo mismo dispone la Constitución de 1845 en sus artículos 7.° y 9.° Constitución de 1869: entre otros artículos, importa sobre todo el art. 11: «Ningún español será procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal á quien, en virtud de leyes anteriores al delito, competa el conocimiento y en la forma que éstas prescriban. No podrán crearse tribunales extraordinarios ni comisiones especiales para conocer de ningún delito». Constitución de 1876, art. 4.°: «Ningún español ni extranjero podrá ser detenido, sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban»; art. 5.°: «Ningún español podrá ser preso, sino en virtud de mandamiento de juez competente»; art. 16: «Ningún español puede ser procesado ni sentenciado, sino por el juez ó tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban».

Digitized by Google

sine lege; y cuando lo hacen, no acuden á ninguna otra sino á la de que es una manera de poner á cubierto la libertad y seguridad individuales contra los posibles atentados y abusos del Poder judicial. Habiendo dicho esto, creen haber quedado perfectamente asegurado el referido principio, y no pueden sospechar siquiera que, sin hacer retroceder á la sociedad á épocas anteriores de crueldad y barbarie, haya de suprimirse aquél de las leyes, dejando á los ciudadanos á merced de la arbitrariedad y la violencia.

Si así no fuera—dice Ortolán—«los ciudadanos no tendrían seguridad, y el derecho penal, destinado á tranquilizar la sociedad, llegaría á ser una causa de inquietud y de alarma para todos y cada uno en particular» (1). Otra cosa—escribe Groizard—«sería dejar ancho campo abierto á la arbitrariedad» (2). Ramiro Rueda, al comentar las palabras *penadas por la ley* con que nuestro vigente Código penal termina la definición del delito, dice: «La verdadera consideración que estas últimas palabras tienen es la de ser una garantía firmísima de la libertad de los ciudadanos, que bajo la salvaguardia del Código penal podrán ejecutar todo cuanto en el mismo no se encuentra prohibido ni penado» (3). Ocupándose Arabia en combatir á aquellos que se oponen á que el legislador determine de antemano en el Código los hechos delictuosos y punibles, exclama: «Pero no ven (tales autores) cuán grande garantía de libertad civil sea ésta que priva al Juez del arbitrio de crear los casos punibles, constriñéndolo, mediante una fórmula clara y precisa, á juzgar, haciendo un silogismo, cuya premisa esté en la ley» (4). Y Rossi, cuya obra han tomado por guía muchísimos otros penalistas, reproduciendo y haciendo suyas la mayor parte de las razones que aduce para demostrar la necesidad de una ley

(1) Ortolán, ob. cit., tomo 1.°, pág. 85.
(2) Groizard, ob. cit., tomo 2.°, pág. 91.
(3) Ramiro Rueda, ob. cit., tomo 1.°, pág. 121.
(4) Arabia, ob. cit., pág. 79.

Digitized by Google

penal positiva, dice, entre otras cosas, ocupándose de esta materia: «Una enunciación de la penalidad para cada especie de delito es, no obstante, necesaria, tanto para la seguridad pública como para la seguridad individual...; para la seguridad individual, porque, sin espanto, no es posible dejar al Juez la elección entre la pena de muerte y la de aprisionamiento, entre la deportación y la multa, y así sucesivamente» (1). Al tratar, en otra parte, de los obstáculos que se oponen al progreso del derecho penal y de los medios de removerlos, dice que uno de estos obstáculos son los privilegios, que no pueden menos de existir en los gobiernos absolutos (2). Los demás autores citados dan por buenas las anteriores razones, ora explícita, ora implícitamente, y en todo caso, consideran que la declaración doctrinal y legal del principio: no hay más delitos ni pueden imponerse otras penas que los que previamente se hallen fijados en la ley, debe tenerse por indiscutible y por definitivo (3).

7. En vista de lo expuesto, nos creemos autorizados para afirmar que el tan repetido principio ha sido, más que nada, una de las maneras con que en la época constitucional se ha reaccionado contra los abusos de las épocas anteriores de gobierno absoluto; una de las fórmulas mediante las cuales el individuo ha conseguido afirmar su personalidad, que en lo que se llama el *antiguo régimen* estaba, si no desconocida del todo, sí mutilada; en suma, una de las garantías constitucionales,

---

(1) Rossi, ob. cit., tomo 2.°, pág. 354.

(2) Rossi, ob. cit., tomo 1.°, *Considerations preliminaires*, cap. 3.°

(3) También han contribuido al establecimiento y consolidación del aforismo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, la creencia, difundida por la escuela naturalista del derecho, de que no hay más derecho que el *legislado*, y la consiguiente tendencia, y aun puede decirse *manía codificadora*, que se despertó á fines del siglo pasado, coetáneamente á la Revolución francesa, manía que ha invadido desde entonces á todos los pueblos del continente europeo y de la que aún no hemos podido curarnos, á pesar de los esfuerzos hechos en este sentido por la escuela histórica. Pero estos dos últimos motivos no han hecho más que cooperar con el de que se habla en el texto, que es siempre el fundamental.

Digitized by Google

una de las manifestaciones del derecho de libertad personal. En la actualidad conserva esta misma significación, aunque ya ha llegado á incorporarse también á la materia penal propiamente dicha y á la procesal; por eso, á la vez que figura en las constituciones (1), se ha consignado también en los códigos penales (2) y en los de enjuiciamiento criminal (3). No es, por tanto, extraño que un renombrado penalista contemporáneo haya dicho recientemente que «por paradógico que pueda parecer, *el Código penal es la magna carta del criminal.* Dicho Código *no protege al orden legal ni á la sociedad, sino al individuo que se coloca en rebeldía contra éstos.* Garantízale el derecho de no ser castigado más que en las condiciones y dentro de los límites legales. El doble adagio: *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*, es el antemural del ciudadano contra la omnipotencia del Estado, contra la omnipotencia ilimitada de la mayoría, contra el Leviathan» (4). Así se explica también que algunos criminalistas de la escuela antropológica se hayan creído obligados á oponer al eterno principio *pro reo* el principio *pro societate*, es decir, el principio de la defensa y de la conservación social, y á reclamar contra las *leyes protectoras del delincuente* (5) y en favor de las leyes protectoras de la sociedad. De esta reacción, que se viene manifestando también en muchos

---

(1) Arts. 4.°, 5.° y 16, ya citados, de la Constitución española de 1873, correspondientes á otros análogos de otras Constituciones. V. la nota de la pág. 461 del tomo 82.

(2) V. la nota 3 de la pág. 6.

(3) «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba á la jurisdicción ordinaria, sinò de conformidad con las disposiciones del presente Código ó de leyes especiales, y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.» Art. 1.° de la ley española de Enjuiciamiento criminal, análogo á otros artículos de leyes extranjeras sobre la materia.

(4) F. von Liszt, en la ponencia presentada al cuarto Congreso de la *Unión internacional de derecho penal.* V. esta ponencia en el *Bulletin de l'Union*, vol. 4.°, págs. 128-145.

(5) Como las llama Garofalo. V. su *Criminología*, tercera parte, cap. 3.°

Digitized by Google

escritores que no pertenecen á la nueva escuela positiva, tendremos ocasión de hablar más adelante. Baste por ahora con decir que aun ha de tardar mucho tiempo en obtener triunfo, porque para ello precisa cambiar totalmente el concepto de la pena y considerarla, no como un *mal*, que es como hoy predominantemente se la considera y como se la considerará Dios sabe hasta cuándo, sino como un *bien* real y efectivo, aun para el mismo individuo que la sufre.

8. Ahora, claro es que, dentro de la concepción á que se alude, de la pena como un puro mal, que se impone al individuo causante de otro mal, en justa retribución y expiación, el hecho de consignar en las Constituciones y en los Códigos penales y procesales el principio *nulla pœna sine lege*, fué una verdadera conquista. ¡Abusaban tanto y de tal manera del ciudadano los antiguos poderes; oprimíanle tan fuerte y á menudo tan caprichosamente, que cuando pudo asentar su personalidad, consideró á ésta como un derecho innato, absoluto, inviolable, y consideró así bien como inviolables, absolutos é innatos cuantos derechos emanaban de dicha personalidad, ó mejor, cuantas condiciones eran indispensables para que ésta fuese respetada en toda su integridad! De poco servía que se hubieran reconocido todos los que se llamaron derechos del hombre y del ciudadano, si los Jueces hubieran podido, como antes, detener, encausar, imponer penas á su talante, sin la menor limitación legal.

Antes de que la Revolución francesa, recogiendo y traduciendo el espíritu individualista de la segunda mitad del siglo pasado, consignara, en su famosa *declaración de derechos*, en la Constitución de 1791 y en el Código de 3 brumario, año IV, el principio de que nadie pudiera ser procesado ni sentenciado sino en los casos, en la forma y con las penas de antemano previstas y fijadas en la ley, los Jueces y Tribunales podían procesar y penar á su arbitrio. Las penas, por tanto, lejos de ser *legales*, como desde entonces lo fueron, y como luego han exigido que lo sean los criminalistas, eran *arbitrarias*. «Los Jue-

Digitized by Google

ces, dice Garraud, podían, en general, incriminar por sí mismos ciertos hechos que la ley no había previsto, y aplicarles, á su elección, aquellas penas que les parecieran convenientes, de entre las establecidas por los usos ó por las ordenanzas. En este sentido es en el que nuestros antiguos criminalistas decían: *Las penas son arbitrarias en este reino*» (1). Boitard afirma que el derecho penal posterior á la Revolución es casi enteramente nuevo y distinto del anterior á 1789, y que una de las principales novedades consiste en haber suprimido «la inmensa, espantosa *arbitrariedad* que reinaba en la penalidad antigua» (2). De esta arbitrariedad en la aplicación de las penas da plenamente prueba el siguiente párrafo de Pothier: «Á veces se añaden unas penas á otras (por la voluntad de los Jueces). Hace algunos años, el Tribunal condenó á un parricida de este país á ser enrodado y después arrojado al fuego vivo. En ocasiones se añade á la pena de muerte la de dar una satisfacción, la de cortar la mano ú horadar la lengua. Con frecuencia se manda también que el que está condenado á muerte sea previamente sometido á interrogatorio, á fin de obligarlo á revelar sus cómplices» (3).

Precisamente para cortar estos abusos y para garantizar al ciudadano contra la ilimitada arbitrariedad judicial, es para lo

---

(1) Garraud, ob. cit., I, pág. 164.

(2) Boitard, ob. cit., págs. 1-2. «Antes de 1789, se notaba en el derecho penal, de un modo bastante más sensible y bastante más lamentable que en las demás ramas del derecho, la carencia de reglas, de fijeza, de uniformidad, ora en lo que respecta á la naturaleza y á la aplicación de las penas, ora en lo que toca á las reglas de la instrucción, ora en lo que se refiere á las materias que forman hoy el objeto de nuestro Código penal, ora en lo que hace á aquellas otras que encontramos desarrolladas en el Código de instrucción criminal.» Id., loc. cit.

(3) Pothier, citado por Boitard. «He aquí, añade este último, un agermanamiento de penas, una duplicación de suplicios aplicados sin ley alguna, sin ninguna autoridad legal, en virtud de la pretendida omnipotencia parlamentaria, cuyos peligros se dejan sentir de una manera evidente, sobre todo en esta materia.» Boitard, ob. cit., pág. 4.

Digitized by Google

que se consignó como un precepto constitucional, penal y procesal el principio de que no hay más fuente de derecho que la ley en materia criminal y que ni podían perseguirse más delitos que los taxativamente fijados en el Código, ni imponerse otras penas que las establecidas en éste, ni encausar y sentenciar á nadie sino en los casos y con las formalidades prescritos por las leyes.

9. La situación en que se encontraba Francia en esta materia, á la época de su revolución, era general en Europa. Por eso, el ejemplo suyo cundió rápidamente, y muy pronto se fueron promulgando en los demás países constituciones y códigos inspirados en el mismo espíritu. Tal ocurrió también en España.

Todavía á principios de este siglo—cuarenta años después de haberse publicado el libro de Beccaria y cuando hacía ya mucho tiempo que en otros pueblos había comenzado el movimiento de reforma del derecho penal, por obra de los mismos reyes (1)—estábamos nosotros rigiéndonos por la legislación penal de las Partidas (2). «Todos los absurdos—dice Pacheco—, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza, hasta el siglo presente. El tormento sólo se ha abolido por las Córtes en 1812 y por el Rey Fernando en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, la marca, la mutilación estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas: si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas ó valor de una peseta en Madrid; y en este punto no sólo estaba la apli-

(1) Como Federico II de Prusia, Catalina II de Rusia, José II de Austria, Carlos II de Nápoles, Leopoldo II de Toscana, Luis XVI de Francia, etc., con sus respectivos ministros.

(2) Que bien puede decirse ha estado vigente hasta la promulgación del Código penal de 1848.

Digitized by Google

cación en las leyes, sino que pocos años ha se ejecutaban éstas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también crímenes mortales, y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y hechiceros» (1).

Tal era la dureza de nuestras leyes penales á principios de este siglo, según uno de nuestros primeros criminalistas, con el que están conformes todos los demás.

Ahora, cabalmente esta dureza y crueldad de las leyes fué lo que hizo necesaria la arbitrariedad judicial, contra la que después se ha reaccionado demasiado bruscamente. «Consecuencia fué de todo esto—dice el Sr. Vicente y Caravantes—la necesidad de sustituir una legislación inejecutable, como contraria á las ideas dominantes, por la práctica judicial, la que graduando la pena sin atender al texto de la ley, establecía un sistema de penalidad *arbitrario, dependiente del criterio de los Tribunales, exponiendo á los ciudadanos á la malicia ó á la ignorancia de los juzgadores,* y falto de la suficiente garantía que comunica la autoridad del legislador» (2). Y Pacheco escribe, por su parte: «Cuando llegó un momento en que no sólo la conciencia común se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de éstas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad, entonces el legislador tomó el partido más breve y más sencillo, y dejando de buscar y de señalar él la pena que correspondiese á cada crimen, autorizó á los Tribunales para que prudencial, esto es, *arbitrariamente,* impusiesen el castigo ó corrección que creyesen más adecuado ó más merecido, según la índole y la naturaleza del delito que se les presentara».

«Y después de todo, añade el propio Pacheco, esa arbitrariedad misma erigida en sistema, dulcificando hasta cierto

---

(1) Pacheco, *Comentarios,* sexta edic., tomo I, 1888, introducción, págs. 44 45.

(2) Vicente y Caravantes, *Apéndice* al epílogo de la obra de Du Boys, *Historia del derecho penal de España;* Madrid, 1872, pág. 549.

Digitized by Google

punto los más crudos castigos de las antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servía de lenitivo á la inmensidad de sus males y hacía más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desorden, era, sin embargo, un bien, como correctivo de otra injusticia mayor, de la barbarie del precepto» (1).

Por donde se ve que la arbitrariedad judicial, introducida en el siglo XVIII como medio de templar la dureza de las leyes penales, fué en su tiempo un verdadero progreso. «¡A tal punto de confusión se había llegado, que aquélla, un mal, era remedio de otro mayor mal, y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habría encontrado insoportable!» (2).

Pero las ideas dominantes en España—como en el resto de Europa—al finalizar el siglo anterior y dar principio el presente no consentían que pudiera seguir reinando dicha arbitrariedad judicial. Se habían consignado las garantías y derechos de los ciudadanos en todos los órdenes, y no era posible dejarlos sometidos en el orden penal al constante peligro de «la ignorancia ó la malicia de los juzgadores». Había, pues, que cortar radicalmente la posibilidad del abuso y del capricho; había que impedir que los Jueces se convirtieran en legisladores; que castigasen otros hechos fuera de los taxativamente comprendidos en el Código, y que hicieran uso de otros medios penales que los admitidos en éste. Tal es la función que vino á desempeñar el tan repetido principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege,* establecido y sancionado, como se ha visto, en todos los códigos y constituciones de los principales países, de una manera tan segura y tan definitiva como no lo había estado jamás (3).

---

(1) Pacheco, loc. cit.

(2) Pacheco, loc. cit.

(3) Algunos autores creen, sin embargo, encontrar ciertos precedentes á este principio en el Derecho romano, citando al efecto los conocidos aforismos: *Pœna non irrogatur nisi qua lege, vel quo alio jure specialiter huic delicto im-*

Digitized by Google

10. Pero las ideas han cambiado muchísimo en los últimos años; y este cambio, que ha transformado completamente, puede decirse, todas las ciencias jurídicas y sociales, y amenaza transformar la legislación, no puede menos de transcender al orden penal. Pasado ya el tiempo en que al legislador, ó mejor dicho, al Poder legislativo se consideraba como el único creador del derecho y en que se estimaba á la ley como la expresión exclusiva de éste, es ya imposible sostener que sólo es punible lo que la ley castiga, y que es lícito y permitido todo lo que la misma no prohibe. Ante las afirmaciones absurdas, pero lógicas (dado su criterio abstracto y erróneo), de los anteriores criminalistas, de que por inmorales y antisociales que los actos fuesen, no podían ser considerados como delitos mientras no se hallasen prohibidos por la ley, y al contrario, que acciones perfectamente morales y buenas podían castigarse por delictuosas cuando así lo hubiere dispuesto el legislador, comenzaron á pararse determinados autores, y, ó negaron rotundamente que fuese delito todo lo que como tal estuviera comprendido en el Código, ó afirmándolo, añadieron que el legislador, al establecerlo, debía atenerse á lo que ya de antemano fuera justo, esto es, á lo que como tal estuviera reconocido por el derecho natural, por la conciencia nacional, etc. Es verdaderamente curioso el esfuerzo que algunos tratadistas hacen por romper el círculo de hierro en que se meten, al decir, por un lado, que no hay más delitos que los que como tales están comprendidos en el Código (*nullum*

---

posita est; Facti quidem quæstio in arbitrio est judicantis, pœnæ vero persecutio non ejus voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur; Ubi non est lex nec prevaricatio; Moneat lex priusquam feriat, y otros análogos; pero sobre que en el mismo Derecho romano se olvidaron estas máximas, según advierten varios tratadistas, hay quien dice que aquéllas no pasaron de ser meras declaraciones platónicas. sin el valor que hoy tiene en las legislaciones el principio de que se trata, y hasta hay quien asegura de una manera resuelta que «ni el Derecho romano ni la Carolina reconocieron este principio». Rauter, ob. cit., pág. 124, nota. Véase también Arabia, ob. cit., pág. 79 y los autores citados en la nota 4 de la pág. 4.

Digitized by Google

crimen sine lege), y por otro, que el Código no debe comprender más actos delictuosos que los que *per se* lo sean.

Rossi, por ejemplo, apela á la distinción entre la teoría y la práctica, y dice que la concepción que del delito tienen Bentham y su escuela, á saber: todo acto probibido por la ley, ó toda infracción de la ley penal, puede ser suficiente para servir de guía á los jurisconsultos prácticos, y á todos los hombres, como regla ordinaria de conducta legal; pero de ninguna manera puede serlo para la teoría, la cual reclama una definición sacada de la *naturaleza de las cosas*, una definición verdadera *en todo tiempo y lugar* (1). Así que mientras que, para la teoría, es la primera condición del derecho punitivo «la realidad moral del hecho punible, del delito *en sí*», y el elemento esencial de éste consiste en la «violación de un deber para con la sociedad ó sus individuos» (2), para la práctica, en cambio, se necesita que el acto de que se trata esté prohibido y penado por una ley *positiva*. «Nadie puede ser sometido con *justicia* á una punición legal si no ha podido tener conocimiento de la ley moral que viola y del mal social que proviene de su infracción; pues el hombre es *absolutamente* libre de hacer todo aquello que la ley moral no prohibe; y *con respecto al poder social*, es *igualmente libre* de hacer todo lo que no cause lesión al derecho POSITIVO de otro (3).

Adviértese en esta doctrina, entre otras cosas, todas muy discutibles, lo siguiente: *a)* Que las necesidades de la práctica son, según el autor, muy distintas que las de la teoría, y que el concepto del delito que puede satisfacer las de la una no es bastante para satisfacer las de la otra (4). *b)* Que á pesar de

(1) Rossi, ob. cit., tomo I, lib. 2.°, cap. 1.°, págs. 240 y sigs.

(2) Idem íd. íd.

(3) Idem, tomo II, lib. 4.°, cap. 1.°, pág. 350.

(4) ¡Como si la teoría fuera otra cosa que una mera generalización de los fenómenos de la vida, esto es, de la práctica, y como si la fuente de una y de otra no fuera exactamente la misma, á saber: la realidad! Teoría y práctica son, respectivamente, el conocimiento y la realización de un mismo or-

Digitized by Google

que *todo* delito, para serlo, requiere tener un elemento esencial, que consiste en la *violación de un deber*, y por tanto, el delito es tal *antes* de que lo comprenda, prohiba y castigue la ley, y *aun cuando* ésta no lo castigue ni lo prohiba, sin embargo, según Rossi, el hombre puede *lícitamente* realizar hechos que sean *per se* delictuosos, con tal de que no los haya prohibido la ley, porque «es *absolutamente libre de hacer todo lo que no cause lesión al derecho* POSITIVO *de otro*». «Es muy cierto—añade el propio autor—que ha habido leyes penales que, en vez de confirmar la ley moral, en beneficio del orden público, han prohibido el bien y ordenado el mal. Pero, porque el poder social no se haya siempre acomodado, al dictar la ley positiva, á las reglas de lo justo (1), ¿ha de poderse concluir que tenga derecho á guardar silencio, y á castigar, no obstante, en cada momento, los actos que estime conveniente reprimir? Entonces, cada punición sería una ley sobre un caso especial, y no pudiendo los ciudadanos contar para lo sucesivo con la bondad de los fallos, perderían toda clase de *seguridad*, no teniendo certeza alguna de ver que uno solo de sus actos habrá de quedar sin castigo» (2). *c)* Que todas las afirmaciones que el autor hace

---

den de hechos, y en nuestro caso, el conocimiento, adquirido mediante indagación real y viva, de lo que es el delito, y el obrar y comportarse de conformidad con lo anteriormente indagado. ¿De qué servirían, en otro caso, las indagaciones científicas? ¿De qué aprovecharían los progresos que la ciencia (que no es otra cosa, repetimos, que el conocimiento de la *realidad)* hiciera si el jurisconsulto práctico—como dice Rossi—no pudiera hacer uso de ellos? ¿Es posible que haya un delito *en sí*, sobre el cual se entretendrán en discurrir los jurisconsultos *teóricos*, y otro delito meramente legal, que será el que habrán de tener en cuenta los jurisconsultos *prácticos*, sin que entre uno y otro haya *identidad esencial* ni acaso conexión alguna? No negamos que la posición en que Rossi se coloca en esta materia es bastante común entre los autores; pero, á nuestro juicio, es insostenible, como en el texto procuraremos demostrar.

(1) *Anterior*, por tanto, á la ley positiva.

(2) Véase aquí una nueva confirmación de lo que más atrás hemos dicho, esto es, de que el principal motivo inmediato de la existencia del principio

Digitized by Google

están influídas por los prejuicios doctrinales que en su tiempo dominaban y que aun hoy tienen bastante fuerza, pero que poco á poco van perdiendo su imperio; tales, por ejemplo, como el de la inmutabilidad de los principios morales, el de la distinción entre ley natural, absolutamente justa, y ley positiva, de relativa justicia, dependiente de las circunstancias de lugar y tiempo, etc.; prejuicios que, naturalmente, obligan á suponer la existencia de un delito *absoluto, en sí, independiente de lugar y tiempo*, y un delito *relativo, variable, creado por el legislador*, é impiden concebir todo delito como un *fenómeno social, producto exclusivo de las circunstancias que en un momento determinado* rodean á la sociedad en que se comete, al individuo que lo realiza, etc.

11. En una posición análoga á la de Rossi se coloca Carrara. Cuando, para justificar su definición del delito como «la infracción de la *ley del Estado promulgada*, etc.,» se hace cargo de las observaciones de Franck acerca de la materia (1), dice: «Reco-

---

nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege, es la preocupación individualista de poner la libertad y la seguridad de los ciudadanos á cubierto de las asechanzas y violencias abusivas de los poderes.

(1) «Adviértese inmediatamente—dice Franck—el vicio ó la insuficiencia de tales definiciones para quien busca una regla tomada á la *naturaleza de las cosas*. Dar el nombre de delito á todo lo que es una infracción de la ley penal, es un círculo vicioso, porque es tanto como decir que una acción punible ó digna de castigo es la que de hecho está castigada por la ley; es tanto como decir que el opio hace dormir porque tiene una virtud dormitiva... Delito, decís, es lo que está prohibido por la ley. Pero ¿qué es lo que la ley debe prohibir? Esta es la verdadera cuestión; pues si esta cuestión no se resuelve, el bien ó el mal, lo que es inocente ó culpable, depende enteramente del capricho de los hombres y del arbitrio de los legisladores. Por otra parte, todo lo que la ley prohibe está obligada á castigarlo, pues de otro modo, como se halla privada de sanción, es completamente ineficaz. De manera que nos vemos reducidos como antes á esta proposición desprovista de sentido: hay que considerar como punibles todas las acciones que están amenazadas de un castigo; hay que considerar como criminal todo lo que está incriminado, por cualquiera poder y por cualquiera legislación.» *Philosophie du droit penal*, 3.ª edic.; París, 1888, segunda parte, cap. 1.°, págs. 94 y 95. Franck, sin

Digitized by Google

nocemos la verdad de estas observaciones, pero por eso hemos dictado francamente los preceptos á que debe someterse el legislador en el ejercicio de la alta misión que le compete, de determinar qué acciones serán delitos en la ciudad (país) que el mismo gobierne. Hemos dicho que si el legislador, al dictar sus prohibiciones, conculca estos preceptos, comete un abuso de poder y su ley es injusta. Aceptamos, pues, estrictamente las verdades que proclama la escuela filosófica, y *estamos muy lejos de admitir que el ser ó no ser una acción delito dependa de sólo la ley humana*. Al definir el delito «la violación de la ley promulgada», hemos presupuesto que esta ley haya sido dictada *conforme con la suprema ley natural jurídica*. Pero al dar dicha definición no hemos podido preterir la idea de la ley promulgada, porque los principios de la ciencia deben servir de norma, no sólo al legislador, sino también al Magistrado. Ahora, si de la definición del delito suprimís la idea de la ley promulgada, venís evidentemente á estas dos consecuencias: que al ciudadano le falta la regla escrita de la propia conducta y que el Magistrado se convierte en legislador. Definid el delito «la violación de un deber social», ó con Franck, «cualquier ataque á la seguridad ó á la libertad, ora de la sociedad, ora de los individuos», y decidme si en vista de esta definición, el atribuir en los casos concretos á una acción el carácter de delito no viene á dejarse enteramente abandonado al *fluctuante arbitrio del Juez*. Nuestra definición considera en el delito su última condición, esto es, la prohibición de la ley de la ciudad. Esta prohibición podrá ser *buena* ó *mala*, *justa* ó *injusta*; mas siempre resultará como hecho jurídico que en aquella ciudad es delito el *infringir tal prohibición*. Al contrario, sin ley que prohiba será siempre *injusto* ver un delito *civil* en una acción, *por per-*

---

embargo, no se libra de la contradicción que critica en los demás autores y que él se propone evitar, y no se libra precisamente por querer encontrar un concepto inmutable y absoluto del delito, una regla fundada en la *naturaleza de las cosas*.

Digitized by Google

versa y *nociva que sea* y por merecedora que sea, frente al orden natural y jurídico, de ser elevada á delito. Si se buscase la *mera definición filosófica* del delito, en este caso, nosotros suscribiríamos á la definición de Franck» (1).

Como se ve, Carrara distingue, lo mismo que Rossi, un delito verdaderamente tal, que lo es por su esencia y que consiste en la infracción del orden natural jurídico, y un delito que él llama *civil*, ó sea la infracción de la ley promulgada en el Estado. Poco importa que el primero se cometa; como no se halle prohibido y castigado por la ley positiva, los Magistrados no podrán perseguirlo. ¿Por qué? Porque de hacer lo contrario, la determinación de cuándo un acto debía estimarse como delictuoso y cuándo no, quedaría á merced del *fluctuante arbitrio judicial*, y de esta manera correría peligro la libertad y la seguridad de los ciudadanos (2).—Además, Carrara, que encuentra aceptable la definición de Franck como definición *filosófica*, no puede aceptarla desde el punto de vista que podríamos llamar de aplicación. Donde se ve que cae en el mismo error que Rossi, de separar la ciencia y la práctica, y de estimar que lo

---

(1) Carrara, ob. cit., tomo I, págs. 75 y 76, nota.

(2) Esta es siempre la razón que inspira á los autores para defender el tan conocido y repetido principio. Mas no se advierte que por librar al ciudadano del arbitrio judicial, se le entrega al arbitrio del legislador. Cierto es que Carrara dice que el legislador debe, al determinar los actos que hayan de considerarse como delitos, atemperarse á ciertos preceptos, y que si no lo hace, comete un abuso de poder y la ley que dicta es injusta. Mas ¿por qué no se dice lo mismo del Juez? ¿O es que éste al aplicar las leyes no debe también acomodarse á los preceptos de justicia? La función de interpretar y aplicar las leyes, que al Magistrado corresponde, ¿es, acaso, tan fácil que pueda convertirse en una función enteramente mecánica? Y por mucho que el legislador pretenda poner trabas al Juez, ¿llegará nunca á imponerle tantas, que le imposibilite en absoluto para cometer injusticia, *como él quiera cometerla?* Por otra parte, ¿quién es el que ha de dictar los preceptos y señalar los límites dentro de los cuales ha de contenerse el legislador al hacer las leyes? ¿Y quién es el que ha de decir si se ha acomodado ó no á ellos, y por tanto, si ha cometido un «abuso de poder» y si «su ley es injusta»?

Digitized by Google

que es verdad para la primera no lo es para la segunda, y al contrario.

12. Por último, para sólo contraernos á algunos de los más renombrados penalistas, queremos indicar la manera cómo Pessina resuelve la cuestión, mejor dicho, trata de resolverla, porque dado el punto de vista en que se coloca, lo mismo que los anteriores, es, á nuestro juicio, insoluble.

Por de pronto, para él no puede haber delito legal, esto es, verdadero delito, sin violación de la ley positiva (1). Pero tampoco puede aquietarse ante la idea de que sea delito todo lo que la ley prohiba y castigue, esto es, ante la idea de que la ley sea la que cree los delitos, sino que ésta sólo puede y debe comprender los que ya lo sean de antemano. Ahora, la conciencia nacional es quien ha de decir al legislador cuáles son las acciones que debe considerar y castigar como delitos (2).

Acerca de esta teoría, que el autor desarrolla con mucha

---

(1) Esta afirmación se encuentra repetida en muchos pasajes de su obra. «No basta, por lo tanto, decir que el derecho ha sido violado para que se dé el delito, sino que *es preciso que haya sido violado en uno de aquellos preceptos que la ley reconoce y sanciona:* por consiguiente, no puede haber delincuencia legal en un hecho que únicamente infringe el derecho racional; la delincuencia existe sólo en aquellas acciones *que conculcan una ley positiva.*» Pessina, ob. cit., trad. esp., tomo I, pág. 183. «Delito es la negación del derecho, noción completa en su *aspecto teórico ante el derecho racional,* pero que exige ser integrada por algún otro elemento que responda á las exigencias del derecho positivo. Si por un lado es indudable que del derecho en sí mismo considerado se deriva la determinación intrínseca de que una acción sea delito, por otro, es para nosotros seguro que *fuera de la ley no debe considerarse una acción como punible y castigarla como tal (nullum crimen sine lege).*» Idem id., pág. 168.

(2) «No debe creerse por esto—dice—que la ley penal crea á su capricho el delito, ó imprime arbitrariamente la nota de punibilidad á las acciones humanas, ya que es absurda la doctrina sostenida por Bentham de que la ley crea el derecho. El derecho es la ley de las leyes; la justicia penal en sí misma, la justicia penal absoluta, crea las leyes penales y vive en ellas como vive el espíritu en los innumerables organismos de la naturaleza..... El objeto de la ley penal es determinar el contenido del derecho penal en nombre de la conciencia nacional». Ob. cit., tomo I, pág. 118.

Digitized by Google

extensión, podríamos hacer largas consideraciones; pero hemos de contentarnos con apuntar lo siguiente: *a)* Nos parece intrínsecamente contradictorio decir que la ley penal es la expresión de la justicia penal *absoluta* y á la vez la expresión de la *conciencia nacional*, que es esencialmente *variable*, en cuanto es, según repetidamente dice el autor, la *resultante de las conciencias individuales* (1). A menos que se diga que la justicia absoluta es también variable, cosa que no estará seguramente en el ánimo del ilustre penalista italiano. *b)* ¿Quién ha de ser el intérprete de esa conciencia nacional en que el legislador debe inspirarse al formular la ley? Si lo es el legislador mismo, como parece que da á entender alguna vez Pessina (2), el problema, lejos de resolverse, se vuelve á presentar de nuevo, porque el legislador es el *único* que puede decir cuáles son las acciones que han de considerarse como punibles y cuáles no, sin que en modo alguno pueda reclamarse contra esta declaración; ó lo que es igual, que sólo son delitos, *no ya legal, sino intrínsecamente*, los actos prohibidos y castigados por la ley penal (3). Y si el órgano de dicha conciencia nacional ha de ser la opinión pública, como también parece querer indicar el

---

(1) V. Ob. cit., I, págs. 118, 119, 188, etc.

(2) «El objeto de la ley penal es determinar el contenido del derecho penal *en nombre* de la conciencia nacional...»

(3) No se le oculta al insigne Pessina esta dificultad, antes bien, le oprime con fuerza verdaderamente abrumadora, hasta tal punto, que son varios los pasajes de su libro en que se advierte que es para él como una pesadilla; por eso trata, aunque inútilmente, á nuestro modo de ver, de vencerla. De aquí que en algún sitio se vea obligado á confesar que la violación de la ley y la violación del derecho son *una misma cosa*, por tanto, que derecho y ley son términos idénticos. «No decimos que *una cosa* sea la violación de la ley y *otra* la violación del derecho; la ley es, como hemos dicho anteriormente, *la expresión del Derecho* y forma *necesaria* de su aparición en la vida, y si contiene imperfecciones ó defectos en el *modo* de expresarlo, el principio de la vida social manda que la ley se mejore, *siendo observada la ley antigua hasta que aparezca la ley nueva reformadora*» (pág. 188, ob. cit.).

Digitized by Google

ilustrado tratadista (1), en este caso, nos parece que no puede sostenerse en manera alguna que la ley sea la fuente exclusiva del derecho, porque instrumentos ó representantes de la opinión son, más bien que el legislador, el pueblo mismo, los Tribunales de justicia y los jurisconsultos, y en lo tanto, serán fuentes del derecho más legítimas y genuinas que la ley, por responder mejor que ésta á las exigencias de la conciencia nacional, la costumbre, la jurisprudencia de los Tribunales y el llamado derecho científico.

13. No creemos necesario insistir mucho para demostrar que los autores cuyas doctrinas se acaba de exponer sucintamente, y todos los que se colocan en situación análoga á la suya, representan el primer momento de la reacción que viene poco á poco iniciándose para sustituir el arbitrio legislativo con el arbitrio judicial. Seguramente, para ellos, totalmente influídos por el prejuicio individualista que tan bien encarnó la Revolución de 1789, y que fué un gran progreso para su tiempo, como se ha dicho, mientras la pena sea un *mal en sí*, que puede imponerse caprichosamente á los ciudadanos por un gobierno despótico, ó por los poderes que lo representen, será siempre necesario poner cortapisas legales á los órganos del poder judicial y prohibirles hacer uso de otras penas que las taxativamente comprendidas en la ley. Pero, por otra parte, los mismos penalistas de que se trata han advertido que, por librar al ciudadano de la arbitraria opresión del Magistrado, se le somete fácilmente á la opresión, no menos arbitraria y no menos peligrosa del legislador, y entonces han exigido que éste, al dictar sus leyes, se atenga, bien á ciertos

(1) «La ley penal... debe aparecer como producto de aquella potestad que, según la constitución del Estado, está llamada á interpretar la conciencia nacional del derecho, debiendo no sólo emanar de ella, sino que, mediante la declaración de la *opinión pública*, debe irse formando como aquella opinión común que es la resultante de la discusión de las opiniones individuales» (Ob. cit., pág. 119).

Digitized by Google

preceptos de justicia absoluta (1), bien á las reclamaciones de la conciencia nacional, ó sea de la opinión pública. No falta, pues, más que añadir que en ésta es donde debe hallarse la verdadera garantía de la seguridad del ciudadano, y no sólo en la ley; que antes bien entre la ley y la opinión pública puede haber divorcio, y que en tal caso, la segunda, que es la que realmente representa la conciencia nacional, es la que debe prevalecer. En suma, no falta más que, después de reconocer que la fuente primera de todo derecho social son las exigencias reales de la vida de la sociedad (y tratándose de la nación, como aquí se trata, las exigencias nacionales, que se expresan mediante lo que llamamos conciencia nacional), se reconozca que tales exigencias se satisfacen y deben satisfacerse, no sólo por medio de la ley, sino también por medio de la costumbre, de la jurisprudencia, etc. Dado este paso, que no parece ofrecer grandes dificultades para los que, como Pessina, creen que el derecho se va manifestando y encarnando en la conciencia jurídica del pueblo, se está ya en el caso de decir que en el orden penal, lo mismo que en el civil, el administrativo, etc., junto á la ley, como fuente del derecho, hay otras, y que á éstas pueden y *deben* acudir los Tribunales para administrar justicia del modo más conveniente y menos imperfecto posible. Pero para dar este paso es absolutamente preciso dar antes este otro: considerar á la administración de justicia penal como una cosa *buena*, *útil* y *amable*, y no como *mala* y *odiosa*, que es como todavía se la considera y como la consideran los escritores que quedan mencionados.

14. El movimiento de reacción contra el imperio absoluto y exclusivo del principio *nullum crimen sine lege*, *nulla pœna sine lege*, movimiento que puede considerarse iniciado, en cierto modo, por algunos de aquellos mismos autores que con

(1) Que no se dice, sin embargo, quién ha de formular, ni cómo ha de exigirse su cumplimiento, en caso de que el legislador no se someta á ellos, ni quien ha de decidir si los ha cumplido ó no.

Digitized by Google

más empeño lo defienden, va adquiriendo cada vez mayor fuerza, y es de esperar que dentro de cierto tiempo referido principio, que viene considerándose como axiomático, desaparezca enteramente de la ciencia y de las legislaciones, donde, según se ha visto, campea sin contradicción.

Las razones que inducen á creerlo así son éstas:

a) Las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho y de su valor.

b) El espíritu y tendencias de las dos escuelas penales correccionalista y positiva.

c) El reconocimiento de la personalidad individual y de los derechos que la integran en la conciencia jurídica contemporánea.

d) El carácter socialista de la sociología moderna.

e) La introducción, cada vez mayor, en las legislaciones del arbitrio judicial.

f) El nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden á una concepción de la pena distinta de la dominante.

15. *a*) Es, en primer término, indudable que la doctrina de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho es favorable al movimiento á que hemos aludido. Contra el sentido formalista kantiano y rousseauniano, según el cual no había más derecho que lo que como tal hubiera declarado el Estado nacional, por medio de su órgano llamado *poder legislativo*, y el mismo pudiera hacer cumplir, por medio del órgano del *poder judicial*, viene, tiempo hace, realizándose, por muy diferentes (al parecer al menos) conductos, una verdadera protesta, cuyos resultados han sido: 1.º, afirmar la existencia de una esfera jurídica autónoma en *toda* persona, y en lo tanto, la existencia de *muchos otros órdenes* de derecho que el orden de derecho *exterior coactivo* del Estado nacional; 2.º, afirmar que, en la propia esfera jurídica que al Estado nacional le corresponde regir, hay bastante más derecho que el derecho *legislado*; y que éste debe tener su *fuente* y raíz, no ya en la *voluntad*

Digitized by Google

del legislador, sino en la *conciencia jurídica* del pueblo, ó mejor, del Estado, manifestada por todos los órganos por los cuales pueda manifestarse, es decir, manifestada tanto por medio de los poderes *oficiales* (poder legislativo—*ley*, poder judicial—*jurisprudencia)*, como por medio de todos los otros órganos y poderes (si así pueden llamarse) del Estado *no oficial (costumbre*, *derecho científico*, *derecho natural*, etc.) (1).

De aquí que, á la antigua creencia, consignada en los tratadistas y en los Códigos, de que en estos últimos se hallaba y debía hallarse consignado *todo* el derecho, sin que fuera lícito acudir nunca, para administrar justicia, á más fuentes que á la ley, pues ésta es la única fórmula jurídica que conviene á los pueblos cultos, siendo la costumbre propia de sociedades nacientes ó atrasadas, haya venido á sustituir la de que la ley, por mucho que haga, no puede preverlo todo, y por tanto, que, en las materias *que no sean la penal*, los Tribunales están facultados y aun obligados á suplir las deficiencias ú oscuridad de las leyes por medio de las otras fuentes del derecho, esto es, ora por la costumbre, ora por los dictados científicos, ora por el derecho natural, ora por los principios generales del derecho (2).

---

(1) Véase sobre todo esto las diferentes obras jurídicas de D. Francisco Giner, y muy especialmente el notabilísimo *Resumen de Filosofía del derecho*, escrito en colaboración con D. Alfredo Calderón, y los *Estudios jurídicos y políticos*. Véase también los trabajos publicados sobre el particular por Don Adolfo Posada, singularmente sus *notas* con el Sr. Buylla á la traducción española de los *Principios de política*, de Holtzendorff, y su excelente *Tratado de derecho político*, recientemente publicado, tomo 1.°, *Teoría del Estado*, libros 1.° y 2.°

(2) Esta doctrina puede ya hoy considerarse como definitivamente sentada, lo mismo en los autores que en las legislaciones; si bien es de advertir que, en general, unos y otras suponen que tales fuentes de derecho no pueden ser sino *supletorias*, nunca *extralegales*, ni menos *contralegales* ó derogatorias de la ley, y que aun siendo supletorias, lo son por el *consentimiento* (tácito ó expreso) del legislador, no porque ellas tengan en sí su propio valor. Así, por ejemplo, el art. 5.° de nuestro Código civil dice que las leyes no

Digitized by Google

Mas esto no se aplica á la materia penal, antes bien se hace de la misma una excepción, y se prohibe expresamente á los funcionarios del orden judicial acudir á otros preceptos jurídicos, para juzgar los delitos y aplicar las penas, que á lo terminante y taxativamente dispuesto por la ley. La razón de esta diferencia no es seguramente el que en el orden penal sean siempre las leyes más claras y previsoras que en los demás órdenes, que respondan exactamente á las necesidades que el pueblo sienta y á todas las exigencias científicas é históricas, esto es, á todas las exigencias de la justicia, y que en lo criminal sea imposible el nacimiento de costumbres, de opiniones doctrinales, etc., que pudieran regular relaciones no reguladas ó mal reguladas por las leyes. La verdadera y única razón de la diferencia es siempre ésta: que, en las esferas que no sean la penal, la administración de justicia es una cosa *buena*, por lo cual debe darse á los Tribunales toda la amplitud y facilidades posibles para que desempeñen su función con gran libertad, *sin que haya que temer abusos ni arbitrariedades:* mientras que, por el contrario, la administración de justicia en lo criminal es una cosa *mala*, y en lo tanto, hay que rodear á los Jueces y Tribunales de toda clase de trabas para que no hagan *más mal* que el absolutamente necesario, es decir, el que la ley consienta (!); pues de no hacerlo así, facilmente podrían oprimir á los ciudadanos con sus arbitrariedades (1).

---

pueden ser derogadas por costumbre ni práctica en contrario. Lo mismo suelen decir los códigos similares extranjeros, y la mayoría de los tratadistas. Sin embargo, la filosofía jurídica comienza ya á reaccionar contra semejante concepción. Véase, por ejemplo, el ya citado *Resumen de Filosofía del derecho* de los Sres. Giner y Calderón al tratar de las fuentes del derecho, el artículo del Sr. Costa sobre *Los requisitos de la costumbre según los autores*, en sus *Estudios jurídicos*, y la magnífica ponencia presentada al *Congreso Jurídico español* de 1886, sobre el tema tercero, y suscrita por los Sres. D. Bienvenido Oliver, D. José María Pantoja, D. Francisco Giner de los Ríos y D. Joaquín Costa.

(1) Recuérdese lo expuesto más atrás, cuando indagamos la razón de que el principio *nullum crimen*, etc. esté tan generalizado.

Digitized by Google

Afortunadamente, esta concepción va decayendo poco á poco, según vamos á ver, y es de esperar que desaparecerá del todo.

16. *b)* Dado el espíritu general que inspira á las dos escuelas penales que representan la evolución última de la ciencia de los delitos y las penas, á saber, la escuela correccionalista y la positiva; y dada la tendencia, más ó menos visible, que en ambas se advierte á convertir á la pena propiamente dicha, de puro medio represivo, que es lo que ha venido siendo, ó represivo-preventivo, que hoy es, en medio enteramente preventivo (1), por consiguiente, en un medio jurídico y *bueno*, forzoso es que, tanto la una como la otra, procuren ensanchar la esfera de acción del Juez, dándole toda clase de facilidades para que haga uso, y hasta obligándole á hacerlo, de cuantos medios crea prudente echar mano para prevenir los delitos que en lo futuro pudieran cometerse. Es, pues, una exigencia de ambas escuelas la de dar cada vez más amplitud al arbitrio judicial, la de conceder gran libertad al Magistrado, la de autorizar á éste para que, al administrar justicia, se sirva de *todas* las fuentes de derecho que crea oportuno, á fin de que sus decisiones resulten justas y equitativas, y no sólo de la ley.

Generalmente, ni los autores de la una ni los de la otra escuela han insistido mucho—que sepamos—en este punto, es decir, en la necesidad de concluir de una vez para siempre con la prohibición impuesta al Magistrado penal de salirse del texto explícito de la ley; pero en multitud de ocasiones han hecho referencias incidentales á ello, y además, en sus escritos sostienen varias tesis que son la condenación implícita de semejante prohibición. Sin embargo, en estos últimos tiempos se ha dicho ya, aunque también de pasada, que la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que lo es también la cos-

(1) Acerca de este espíritu y tendencia de ambas escuelas, correccional y positiva, véase mi *Estudio crítico*, puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de R. Garofalo.

Digitized by Google

tumbre, y lo han dicho cabalmente dos Profesores españoles: el señor Aramburu, de la Universidad de Oviedo, y el señor González Lanuza, de la Universidad de la Habana; correccionalista el primero y positivista el último (1). El señor Aramburu,

(1) El Sr. Aramburu, en sus *notas* á la traducción española de los *Elementos de Derecho penal*, de Pessina, además de mostrar su disconformidad, aunque no de una manera muy clara, con la distinción hecha por los *clásicos* entre delito *científico* y delito *legal*, tratando de dar un concepto que sirva, no sólo para la teoría (como hacen, según se ha visto, Rossi, Carrara y Pessina), sino también para las necesidades de la práctica legal y forense; además de mostrar también disconformidad, ya de un modo patente, con la distinción hecha por los positivistas (principalmente por Garofalo) entre delito *natural* y *jurídico* (Véase ob. cit., I, págs. 176 179), dice, ocupándose de las relaciones entre la costumbre y la ley, como fuentes de derecho: «... 2.° Que la costumbre es forma, asimismo, espontánea de la regla jurídica, reclamada por una particular relación que le da causa ocasional, y tiene la eficiente, no en el mero lapso del tiempo, ni en la *paciencia* del legislador, sino en el principio racional de donde emerge, y al cual sirve. 3.° Que la diferencia entre la costumbre y la ley, formas ambas de expresión del derecho, sólo está en la manera de su respectiva producción y determinación en la vida. 4.° Que ni se contraponen ni se rechazan, sino que *se auxilian* y *se completan*; y si es cierto que en un superior grado de cultura social en que aparece la consiguiente diferenciación de órganos para sendas funciones y la constante comunicación de la *opinión* pública y del *poder*, reviste la ley una importancia más propia y acentuada; y si es cierto también que en la disciplina penal, por ser lo penal «fórmula sintética del derecho», y por requerirse más (siquiera sea á título de garantía) dictados claros y precisos, no es la costumbre la forma más natural y satisfactoria, *nunca puede en absoluto afirmarse que ésta carezca de todo valor y significación*, según lo demuestra la afirmación por nadie rechazada, de que la ley no puede prever la totalidad de los casos en número y calidad individual, y el hecho de que determinados preceptos penales no obtienen en la práctica cumplida eficacia» (íd., pág. 124).—Debemos advertir que, sin embargo de esto, el propio Aramburu parece negar competencia á los jueces para entender, «sin mayor detrimento del derecho», en aquellos delitos que no estén *puntualmente consignados y penados en la legislación criminal de la nación* (íd., pág 178).

El Sr. González Lanuza dice por su parte: «La ley no es otra cosa sino la cristalización de la costumbre. En efecto, el derecho es siempre, en su origen, consuetudinario; la *costumbre es la más importante entre todas las fuentes históricas del texto positivo de las leyes*». (*La ley de Lynch en los Estados Unidos.*

Digitized by Google

además, dice en diferentes ocasiones que la pena no debe ser considerada como un *mal*, sino como un *bien*, y claro es que, concebida de esta manera, no hay necesidad alguna de limitar el arbitrio judicial, sino antes bien de favorecerlo y fomentarlo.

17. *c)* Ya en nuestros días la conciencia pública reconoce como cosa definitivamente afirmada la existencia de la personalidad jurídica individual, es decir, la existencia en el individuo de una esfera de derecho sustraída á la acción de los poderes públicos, y que sólo él puede regir. Los llamados derechos del hombre, ó constitutivos de dicha personalidad, forman, pues, ya hoy en el patrimonio de las conquistas hechas por los pueblos civilizados; así que, garantizada su existencia y su respeto por la misma conciencia jurídica social, no es necesaria ya la garantía formal y exterior que las Constituciones les han venido prestando contra la posibilidad de tiránicos abusos por parte de referidos poderes. Por eso dicen ciertos autores de derecho constitucional que la razón histórica que daba fundamento á la llamada parte *dogmática* de las Constituciones ha desaparecido, y que, por lo mismo, debe también desaparecer esta parte, á saber, aquella en que se consignan los derechos de los ciudadanos.

Siendo esto así, pudiendo prescindirse de las garantías constitucionales, entre ellas la *penal*, sin que por eso los Gobiernos puedan cometer arbitrarios excesos contra los individuos, pues en tal caso, éstos sabrán encontrar los convenientes medios de protesta para hacer que se respeten sus derechos, ¿ha de ser todavía necesario coartar todos los libres movimientos de los Tribunales, prohibiéndoles considerar como delitos más hechos que los que el Código comprende con este carácter, ni imponer otras penas que las previamente estable-

---

Disertación leída en la apertura de la Academia de Derecho de la Universidad de la Habana, por el Dr. D. José A. González Lanuza, Catedrático de Derecho penal. Habana, 1892, pág. 76).

Digitized by Google

cidas por la ley, tan sólo porque *pueden* abusar de sus facultades y causar innecesarias molestias á los ciudadanos? También los Tribunales del orden civil *pueden* causar estas molestias y hasta violar el derecho de los particulares, y, sin embargo, no se les ponen las cortapisas que á los del orden penal. Precisamente en los casos en que tal cosa ocurra, deberá existir la responsabilidad judicial, que el Estado exigirá, en nombre de los ciudadanos, á aquellos funcionarios que no hayan desempeñado su misión como debían; esto es, á quienes no han respondido á la confianza que la conciencia social depositara en ellos.

Sobre que la *posibilidad* del abuso no autoriza nunca para impedir á los organismos que funcionen con toda la libertad y desembarazo que han menester para desplegar cuantas actividades atesoren, encaminándolas á fines lícitos (1); sobre que la legislación más casuísta y más previsora no será nunca bastante á anular completamente el arbitrio judicial, y mucho menos el arbitrio de Jueces y Tribunales que *quieran abusar*, porque «el que hizo la ley hizo la trampa», y porque como en el Magistrado no exista la primera y fundamental garantía de rectitud, que es su rectitud *interna*, todas las demás son inútiles,—debe tenerse presente que en el día de hoy no es tan fácil que los Tribunales abusen impunemente, al menos sin protesta de la opinión (2), ni es tampoco difícil que, cuando abusen, el ciudadano ofendido esté desprovisto de toda clase de medios para reclamar contra la injusticia, la arbitrariedad ó la violencia.—Si de nuestro Código penal desapareciese el

(1) Precisamente aquí están los peligros de toda higiene y de toda medida preventiva, cuando no son prudentes y cuando se dictan como regla general para todos los casos: en impedir que se aprovechen determinadas fuerzas, que podrían dar resultados muy beneficiosos, obligándolas á permanecer inactivas. La higiene y la prevención sólo deben procurar comprimir los gérmenes y elementos nocivos, nunca los que puedan ser útiles.

(2) Que se haría cada vez más fuerte cuando adquiriera conciencia de que ella podía y debía poner correctivo á los fallos injustos.

Digitized by Google

art. 22, ¿es de presumir que los Tribunales habrían de entregarse á la más desenfrenada arbitrariedad? ¿Tan poca confianza podemos tener en ellos? Hoy, vigente aquel artículo, ¿obran siempre con tal y tan inquebrantable justicia, que sobre sus sentencias no recaiga el menor asomo de duda? Y en caso de abuso, ¿no tendrían los perjudicados medio alguno de reclamar, aun dentro de las leyes que actualmente nos rigen? (1).

18. *d)* Las corrientes de la ciencia contemporánea son, en cierta manera, opuestas á la preocupación individualista y revolucionaria, que hemos visto servir de base y raíz al aforismo *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege.* La nueva ciencia sociológica, considerando ya como incontrovertiblemente resuelta la cuestión de la personalidad del individuo y puestos á cubierto de todo ataque los derechos conquistados por éste (al menos de una manera formal) en el gran movimiento liberal de fines del pasado siglo, se consagra hoy con gran ahinco á hacer que renazca la conciencia colectiva, casi perdida en los tiempos del imperio poco menos que absoluto de las teorías del contrato. La sociología moderna pugna porque, junto á la personalidad de los individuos, se reconozca la existencia de personas sociales, que, en vez de anular á aquéllas, les sirvan de complemento, cooperando con ellas á la consecución del mayor bienestar posible. Así que, al mero interés individual y privado, que era antes el único que guiaba las acciones de cada cual, va poco á poco sustituyendo y agregándose un interés más amplio, colectivo, solidario: la antigua sociología liberal, cuya exclusiva preocupación era el individuo y sus derechos *absolutos, inalienables, imprescriptibles*, etc., va cediendo el puesto á la sociología socialista, que afirma la existencia de

(1) Lo tendrían mucho mayor en caso de que la responsabilidad judicial fuese una verdad, y en caso de que hubiese medios para que los ciudadanos que hubieran sufrido perjuicios á motivo de decisiones judiciales injustas fuesen debidamente indemnizados, bien por el Estado, bien por los mismos causantes de la injusticia.

Digitized by Google

intereses *comunes* á todos los miembros de cada grupo humano y aun á todos los hombres; que busca la cooperación y la ayuda (altruísmo) en lugar de la lucha brutal, egoísta, y que en vez de suponer que sólo existen dos entidades, frente á frente, á saber, el individuo y el Estado, cada uno de los cuales pierde en fuerza y poder tanto cuanto gana el otro, afirma la existencia de diversas entidades sociales que procuran y deben procurar el mayor bienestar posible á *todos* sus miembros.

Estas nuevas concepciones tienen que reflejarse necesariamente en la materia que nos ocupa. «El individualismo liberal, dice Liszt, que sostenía en primer término los intereses del individuo frente á los de la comunidad; el espíritu del siglo filosófico y de la gran revolución francesa nos han aportado la limitación precisa del derecho social de castigar» (1). Ahora bien: esta limitación ¿continuará subsistiendo en la misma forma en que hoy se nos presenta, ó habrá de modificarse al impulso de la invasora marea socialista?

Aunque no es fácil predecir con entera seguridad cuál ha de ser la solución que en lo futuro se dé al problema, nos inclinamos hacia este último extremo. Seguramente que «el Estado socialista no podrá menos de servirse de la pena, lo propio que el orden legal existente, aun cuando la fisonomía general de la criminalidad se cambie por completo»; pero por lo mismo que esta fisonomía tendrá que cambiar, cambiarán también los límites en que el poder punitivo social habrá de encerrarse, al intento de garantizar los derechos de los individuos. Seguramente que asimismo «el Estado socialista apoyará más fuertemente los intereses de la comunidad, obrará con más vigor, con más consecuencia y con menos consideraciones y miramientos al individuo que se rebele contra la ley», y, por lo tanto, éste habrá de necesitar más pertrecharse contra las arbitrariedades de los poderes; pero no por esto creemos que sea indispensable «precisar más exactamente» en el Código

(1) F. Von Liszt, Ponencia citada, pág. 184.

Digitized by Google

«las condiciones en las cuales el individuo puede ser atacado por la comunidad y fijar los límites más allá de los cuales cesa la protección de la ley» (1); en primer término, porque cuando el Estado socialista ataque al individuo delincuente deberá hacerlo, no por espiritu de venganza y para imponerle un medio penal injusto (lo cual vendría á resultar *en su propio perjuicio)*, sino en cuanto sea necesario para defender el interés colectivo amenazado ó lesionado por aquél (2), y en segundo término, porque para garantizar los derechos del individuo cuando el Estado ó sus órganos los lesionen, puede hacerse uso de otros medios, sin necesidad de acudir al peligroso y perjudicial de la que hemos llamado garantía penal y del principio *nullum crimen sine lege*, *nulla pœna sine lege* (V. § 17). Cuanto mayor vaya siendo la compenetración y la solidaridad de los diversos intereses individuales en un interés *común;* cuanto mayor vaya siendo el predominio de la idealidad social—como la llama Ardigò,—altruísta, sobre la mera prepotencia egoísta, y cada hombre llegue á tener una verdadera *participación* en el bien ó en el mal de sus coasociados, tanto menos necesario será que las leyes garanticen los derechos de los ciudadanos contra los excesos de poderes arbitrarios, porque éstos encontrarán en la conciencia pública un baluarte firmísimo donde se estrellarán sus conatos de abuso. Allí donde los individuos sean considerados, no ya sólo como organismos independientes, sino á la vez como miembros de otros organismos superiores sociales, y donde, por tanto, llegue á adquirirse conciencia clara de que todo el mal que innecesariamente se cause á algún miembro ha de resultar por fuerza en detrimento de la comunidad toda, allí es donde existirá la verdadera garantía penal, con una eficacia que no puede alcanzar hoy, porque en vez de ha-

(1) Liszt, loc. cit.

(2) Sobre la manera cómo nosotros entendemos la función penal, véase el citado *Estudio crítico* puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de R. Garofalo; Madrid, 1893.

Digitized by Google

llarse escrita sólo en los Códigos, sin otro valor que el meramente formal, abstracto y desprovisto de contenido, estará escrita, por modo indeleble, en el corazón de la sociedad y en el de todos sus individuos, sean gobernantes ó gobernados, y los Tribunales no se atreverán á extralimitarse en su función, cometiendo arbitrariedad ó injusticia, ora porque á ellos mismos les repugnará cometerla, ora porque, de hacerlo así, habrían de encontrarse con la protesta de toda la comunidad, que podría llegar hasta destituirlos.—Que hoy nos hallamos aun muy lejos de este ideal, ¿quién lo duda?; pero ¿quién puede dudar asimismo que vamos marchando con gran lentitud hacia él, y sobre todo, que debemos hacer lo posible por conseguirlo?

19. *e)* Aparte lo dicho, es de observar, que en el derecho penal moderno, tanto doctrinal como legislado, van apareciendo y adquiriendo cuerpo ciertas instituciones que son incompatibles con la supradicha prohibición impuesta á los Tribunales y que forzosamente han de dar en tierra con ella. Tal sucede con la amplitud que, para dictar sus fallos, se concede ya á los Magistrados del orden penal, con la liberación condicional, con las sentencias á tiempo indeterminado, con la sustitución de las penas de cárcel y de las de corta duración, con las casas de corrección para delincuentes jóvenes, etc.

Todas estas instituciones se fundan en una concepción de la pena como medio de *prevención*, es decir, como un *bien*, y por tanto, en una concepción opuesta á la que ha dado lugar al principio *nullum crimen*, etc, (§ 5); todas ellas, en efecto, se proponen obtener con la aplicación de la misma algún resultado útil, sea para el individuo mismo delincuente, sea para la sociedad, sea para ambos.

Que cada día va concediéndose más amplitud á los Jueces y Tribunales para la apreciación de todas las circunstancias que hayan rodeado al delito y rodeen al delincuente, y para que, en consecuencia, puedan individualizar la pena, ó sea aplicar á cada reo la que le *convenga*, es un hecho tan indudable, que casi no precisa demostración; como es asimismo in-

Digitized by Google

dudable que esta amplitud no es otra cosa que una reacción contra la anterior tendencia—dominante aun en algunos países, como en España—á impedir al Juez todo movimiento libre y toda espontaneidad, por temor á que cometiera abuso. Criticando el proyecto de Código penal del Sr. Silvela, decía D. Jerónino Vida: «El movimiento codificador de este siglo, nacido, en parte, del deseo de reducir todo lo posible ó de anular por completo el arbitrio judicial, deseo formulado por Bacón en su famosa máxima, *optima lex quæ minimum arbitrii judici relinquit*, llevó á los legisladores á fijar taxativamente la clase de pena que debía imponerse en cada delito, haciendo del Juez poco menos que un autómata, cuyo papel consistía en comprobar la existencia en la acción punible de los caracteres y circunstancias determinados por la ley, y en imponerle la pena señalada concretamente en calidad y cantidad» (1). «Pero ha ya tiempo—dice en otra parte el mismo autor—que el movimiento de reacción contra el arbitrio judicial ha cesado ó va perdiendo fuerza en los pueblos cultos; ha ya tiempo que se ha reconocido absurda la pretensión de encerrar, en el estrecho molde de los artículos de una ley, la infinita variedad y riqueza de la vida; ha ya tiempo que se ha visto que la garantía contra la injusticia de los que mandan y de los que obedecen no puede hallarse en las disposiciones de los cuerpos legales, por sí mismos ineficaces é inútiles, sino en la moralidad interna, en el sentimiento del deber y en el amor á la justicia, sin los cuales son letra muerta todas las leyes y todas las garantías externas; y de la prueba tasada se ha pasado á la prueba libremente apreciada por la conciencia del que juzga; de las escalas penales complicadísimas y de aplicación mecánica, á las escalas penales sencillas y de libre aplicación, dentro de un *máximum* y un *mínimum* bastante distantes para que el Juez pueda moverse con soltura; y todavía, no contentos con esto, en el úl-

(1) *El proyecto de Código penal*, apuntes críticos, por Jerónimo Vida; Madrid, 1885, pág. 57.

Digitized by Google

timo Congreso penitenciario celebrado en Roma, se ha acordado que ese *mínimum* debe ser franqueable, ó lo que es igual, que el juzgador no debe tener más limitación en sus funciones que la del *máximum* de pena fijado por la ley (1). Algunos escritores van todavía más allá, y llegan hasta combatir toda predeterminación de la pena, poniendo como bandera y meta de los futuros progresos la abolición de la medida penal» (2). Este «movimiento de reacción», de que habla el Sr. Vida, va acentuándose cada vez más, hasta en los partidarios del principio consabido, así como la «abolición de la medida penal» es también una exigencia de la penología moderna (3); por tanto, hay motivos para creer que uno y otra concluirán por desterrar de las legislaciones los preceptos equivalentes al del art. 22 de nuestro Código penal, dictados, como se ha visto, con el evidente y exclusivo propósito de impedir el arbitrio de los Tribunales.

20. *f)* Análogas consideraciones pueden hacerse en lo que respecta á otras instituciones ya admitidas por la teoría y por las legislaciones, ó que, admitidas ya por la primera, no lo han sido todavía por las segundas, ó que actualmente se hallan puestas á discusión; como la liberación ó libertad condicional de los penados (4), la sustitución por otros medios de las pe-

---

(1) Así lo tiene establecido el Código penal holandés, al cual consideran como el más adelantado y perfecto, por esta causa, aun los defensores del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, como sucede, v. gr., á Garraud (ob. cit., I, págs. 106 y 107). También ocurre lo propio con varios códigos de Norte América.

(2) Kräpelin, *Die Abschaffung des Strafmasses.*—Villret, *Das Postulat des Abschaffung des Strafmasses.* (Vida, *La imputabilidad criminal y las causas que la excluyen ó la modifican*, 2.ª edic., Salamanca, 1891, págs. 108 109; véase también su *Proyecto* ya citado, págs. 78 80.)

(3) Además de los autores citados por el Sr. Vida, la reclaman varios otros, como Giner, Garofalo, etc. Véase la *Criminología* de este último, traducción española, pág. 163, nota.

(4) Acerca de esta institución, de su historia, de su extensión en los autores y en las legislaciones, véase un opúsculo de C. Costanzo Peratoner, *La*

Digitized by Google

nas de cárcel, sobre todo, las de corta duración (1), los establecimientos de corrección y educación para delincuentes jóvenes, asilos para delincuentes ancianos ó enfermos, manicomios criminales, etc. (2), las sentencias á tiempo indeterminado (3), y varias otras que, á nuestro juicio, se salen del cuadro del derecho criminal reinante y provienen de ideas y principios perfectamente contrarios á los que dominan (4).

21. De todo cuanto antecede resulta como cosa evidente, á nuestro juicio, lo siguiente: Que por efecto de la consideración

---

liberazione condicionale dei condannati, Catania, 1891; Lacointa, *Code pénal d'Italie*, París, 1890, págs. 16 17; Manduca, *La liberazione condizionale in Italia*, en *La Scuola positiva*, año III, 1893, págs. 49-59; Vida, *El proyecto de Código penal*, páginas 71 y sigs.; el *Progetto del codice penale*, del Ministro italiano Zanardelli, Roma, 1888, págs. 92 y sigs. y los *Verbali* de la comisión nombrada para informar este proyecto, págs. 76 y sigs.

(1) Este problema se viene discutiendo mucho en los tiempos actuales, principalmente en los Congresos penitenciarios. Ultimamente lo ha sido en el *Congreso de sociología criminal* celebrado en Chicago con motivo del gran certamen internacional (tema séptimo). La necesidad de abolir las penas de cárcel, especialmente las de escasa duración, buscando algún medio racional de sustituirlas, la reconocen hoy los penalistas más notables. Véase lo que sobre esto hemos dicho en el citado *Estudio crítico*.

(2) Todos los cuales se van introduciendo y generalizando en los países civilizados, donde se empieza á mirar á la pena como *algo más* que como un puro medio de retorsión ó retribución del mal causado por el delincuente.

(3) Cuestión enteramente nueva. Véase acerca de ella la ponencia presentada al cuarto Congreso de la *Unión internacional de derecho penal*, sobre el tema segundo, por M. G. A. Van Hamel, Profesor de derecho criminal en Amsterdam, y publicada en el *Bulletin de l'Union*, vol. 4.°, págs. 265 281. También en el *Congreso de sociología criminal* de Chicago se ha discutido esta cuestión (tema décimo).

(4) Si todas estas instituciones tienen justificación, es tan sólo en cuanto se las considere como medios adecuados para prevenirse contra delitos *futuros* (la pena *ne peccetur*), en manera alguna como modos de aplicar un *mal* al autor de un delito tan sólo por haberlo cometido *(quia peccatum est)*, que es el sentido con que en la mayoría de los casos se impone hoy la pena (hasta donde es posible), y dentro del cual sentido es en donde puede uno darse razón del doble principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Digitized by Google

de la pena como un mal y sólo como un mal, que se imponía al autor de un delito (1), con el exclusivo objeto de *vengarse* de él y de hacerle padecer, los poderes absolutos y arbitrarios de otros tiempos creyeron asegurar mejor su dominación sobre los súbditos amenazando á éstos con gravísimos y crueles castigos (males), que imponían en su nombre los funcionarios del orden judicial. Esta dureza de las penas ha llegado, escrita en las leyes, hasta el presente siglo; pero ya habían comenzado á mitigarla los mismos Magistrados, haciendo uso de su arbitrio. Con todo, seguía siendo excesiva, y como, en último extremo, tal mitigación era *enteramente facultativa* en el Juez, los ciudadanos podían muy bien ser, y eran á menudo, víctimas «de la malicia ó la ignorancia de los juzgadores». Por eso, al verificarse la reacción liberal é individualista del pasado y de la primera mitad del presente siglo, que trajo consigo el febril movimiento codificador, se procuró cerrar por completo la puerta al arbitrio judicial en todos los órdenes, pero mucho más en el penal, por ser el más peligroso; se reguló la administración de justicia criminal hasta en los más nimios pormenores, á fin de que sus funcionarios no pudieran extralimitarse en lo más mínimo, ni causar la menor molestia, que no consintieran las leyes, á los ciudadanos, y se prohibió de un modo categórico y terminante á los Jueces que, en lo tocante á la administración de justicia penal, se apartasen un sólo ápice de lo establecido clara y explícitamente por la ley, no consintiéndoseles en manera alguna imponer penas que no estuvieran autorizadas por ésta, ni perseguir otros delitos que los pre-

(1) Delitos han sido, y son todavía, no ya las acciones *intrínsecamente malas*, ni siquiera *todas* las acciones *contrarias al bienestar y prosperidad sociales*, sino también aquellas que la clase dominante (la de los explotadores) consideraba como perjudiciales ó peligrosas para la persistencia de su opresión sobre la masa dominada (ó explotada). Véase sobre esto la teoría de Vaccaro acerca de la delincuencia y su origen, en sus libros *La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità*, Roma, 1886, *Le basi del Diritto e dello Stato*, Turín, 1893, y sobre todo la *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889.

Digitized by Google

viamente determinados en la misma (1). Desde entonces el imperio del principio *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege* ha sido absoluto é incontestable.

Mas poco á poco, y por diferentes conductos, ha comenzado á producirse un movimiento contrario, que va quitando fuerza á dicho principio y que concluirá por hacerlo desaparecer, colocando en su lugar el del prudente, discreto é inteligente arbitrio judicial. Este parece que ha de ser el término de todo el proceso de reacción que dejamos indicado, y esta es la meta que, á nuestro parecer, deben ir persiguiendo la doctrina y la jurisprudencia.

Cuando haya llegado á arraigar un tanto en la conciencia popular la creencia, que hoy no hace más que anunciarse en las obras de algunos doctos, de que el Juez penal, al cumplir su misión, hace una obra *justa* y *buena*, y de que la pena es *un medio* de que hace uso para la consecuencia de un fin *lícito, moral* y exigido por la sociedad y por el *verdadero interés* del propio individuo á que se aplica; cuando el Juez mismo, penetrado de su deber, busque tan sólo el *bien social* y el *individual*, empleando la pena, no para *vengar* (2) á la sociedad de ataques

(1) Fué tal la repugnancia que comenzó á sentirse hacia el arbitrio judicial, y tal el recelo que se tuvo de que el Juez podía abusar si se le consentía la menor latitud, no ya en acudir á otras fuentes del derecho que no fuesen la ley, sino en la misma interpretación y aplicación de ésta, que, por evitar toda posibilidad de arbitrio, por remota que fuese, se cayó en el exceso contrario, no menos perjudicial que el primero. De aquí las disposiciones relativas á la interpretación de las leyes penales, á su retroactividad, etc., tan ilógicas y tan caprichosas la mayor parte de las veces, como ya veremos, y que han colocado á la materia penal en una situación verdaderamente excepcional, sin que la excepción tenga fundamento serio. El principio *pro reo*, el *benignius interpretandum* y otros análogos, se han prodigado tanto, que, en vez de haberse limitado los códigos penales y procesales á ser la *Magna carta* del individuo, según los llama Listz, han llegado muchas veces á convertirse en *leyes protectoras del delito y del delincuente*, como las califica Garofalo.

(2) La *venganza* no es ni puede ser un medio de *restaurar* el derecho perturbado, que es lo que se dice que se busca con la aplicación de la pena. La

Digitized by Google

ya sufridos, ni para *expiar* ó *retribuir* con un nuevo mal el mal ya causado, sino para *impedir* la comisión de *futuros* delitos; cuando, en lo tanto, no haya motivo alguno para temer que la pena se imponga *con la menor animosidad* contra el reo, sino como medio de *mejorarlo* y *levantarlo* de la postración en que se halla, ó como medio de *librar* á la sociedad de *futuros atentados* por parte del mismo—que es el sentido con que se aplican la reclusión y los medios represivos á los locos, á los niños, á los enfermos, etc.,—entonces no habrá nada que *temer* del arbitrio judicial, y no habrá precisión de poner á los Tribunales *cortapisa* alguna en el desempeño de su misión, antes bien se les *obligará*, como se les obliga en el orden civil, á echar mano de *todos* los medios que crean conducentes á la mejor administración de justicia, sin que *en ningún caso* puedan dejar de administrarla so pretexto de «silencio, oscuridad ó deficiencia de la ley» (1). Sucederá, en suma, lo que sucede con el médico y el confesor, á saber: que no obstante que imponen al enfermo y al penitente medios represivos, que les hacen *padecer* más ó menos (medicinas y penitencias—medicinas para el cuerpo y para el alma), nadie ha creído necesario coartar la libertad de los mismos, ni dictarles reglas cerradas é inflexibles para el desempeño de su misión, á fin de que no puedan extralimitarse y causar perjuicios á dichos enfermo y penitente; sino que están obligados á aliviar *cuantas* enfermedades corporales ó espirituales se les presenten, *aun cuando* no hablen de ellas la patología ni la moral, y á acudir á toda clase de remedios que crean con-

---

venganza pudo ser el placer de los dioses egoístas del antiguo paganismo, poseídos de las mismas pasiones que dominaban á los hombres, pero no puede ser el placer de un Dios infinitamente misericordioso, conocedor de la flaqueza humana y amante de los pecadores que se arrepienten más aún que de los justos: puede ser el fin que busquen, al imponer penas, los pueblos primitivos, atrasados y cercanos á la animalidad, pero no puede ser el que persigan los pueblos cultos, altruístas y humanos.

(1) El art. 6.° de nuestro Código civil se aplicará perfectamente, como debía aplicarse, al orden penal.

Digitized by Google

venientes para el caso, *aunque* no estén *de antemano* aconsejados en los libros y formularios terapéuticos ni en los tratados de los más acreditados moralistas. Al médico y al confesor se les dan reglas, con el único fin de *ilustrarles* para que sepan qué es lo que en la generalidad de los casos *puede* ser lo más acertado, pero la parte mayor la ponen ellos mismos en vista del *caso* que tienen delante; ¿no es esto también lo que conviene hacer con los funcionarios de la administración de la justicia penal, es decir, procurar que tengan *mucha competencia* y *mucha rectitud*, confiando después en éstas para que, en vista de las particulares circunstancias que rodeen al hecho y á su autor, dicten después ellos el fallo?

Por lo demás, el arbitrio no puede nunca quedar proscrito en absoluto: si se huye del del Juez, se cae forzosamente en el de éste (1) y en el del legislador. Ahora, á mi juicio, el arbitrio

---

(1) El arbitrio judicial existe aun en el caso en que se trate de circunscribir y aprisionar al juzgador dentro de una espesa y complicada red de preceptos; con la particularidad de que en este caso es un arbitrio más peligroso, porque es el arbitrio que procede de la mala fe, de la ignorancia, de la terquedad, etc.

Que el arbitrio del juez es inevitable, se ven obligadas á reconocerlo las mismas legislaciones positivas que, como la nuestra, se inspiran y modelan en el consabido principio *nullum crimen*, etc. En efecto, el art. 2.° de nuestro Código penal es una confesión expresa que el legislador hace de su impotencia para prever todos los casos delictuosos posibles, así como una declaración de que la aplicación *estricta* de las disposiciones del mismo Código puede ser *injusta*. De la propia manera reconocen la imposibilidad de sustraerse á dicho arbitrio judicial el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal y el 72 de la ley del Jurado, los cuales conceden á los Tribunales y jurados la facultad de apreciar las pruebas practicadas en los juicios orales y de declarar acerca de la culpabilidad ó inculpabilidad del agente «con libertad de conciencia». Y, por último, es también prueba de esta imposibilidad el hecho de que el Tribunal Supremo tiene la facultad de interpretar la ley penal, lo mismo que la civil, y de que su interpretación forme jurisprudencia; y aun cuando es cierto que esta jurisprudencia no constituye una fuente de derecho legalmente obligatoria, que como tal hayan de tomar los juzgadores, también lo es que esta jurisprudencia se aduce ante los Tribuna-

Digitized by Google

del legislador, sobre ser, por lo menos, tan perjudicial y peligroso como el del Juez, carece de una ventaja inestimable que acompaña á éste y que por sí sola sería suficiente para que se tuviera más en consideración de lo que hoy se tiene. Esta ventaja es la de que los Tribunales podrían y deberían ser los intermediarios entre el poder público legislativo y el pueblo, entre la fórmula general y abstracta de la ley y los hechos concretos, las exigencias y necesidades de la vida; el *conducto* por donde deberían irse introduciendo en la administración de justicia, y desde aquí llegar hasta la ley, las *nuevas corrientes de la ciencia* y *las nuevas aspiraciones de la sociedad* (1).

Finalmente, la introducción del arbitrio judicial y la consiguiente reducción del principio *nullum crimen*, etc., hasta suprimirlo por completo de los códigos, es la única manera de impedir que los Tribunales de justicia (tanto togados como jurados) cometan ciertos exabruptos, absolviendo ó condenando injustamente á quien no merecería ser absuelto, pero tampoco merecería ser condenado con todo el rigor que el precepto legal dispone, dadas las especiales circunstancias que al hecho ó á su autor pueden rodear, y el cual defecto no se remedia ni con el art. 2.º del Código penal vigente, de que los Tribunales hacen muy escaso ó ningún uso (2), ni con el ilógico, inoportuno y

---

les con frecuencia extraordinaria, y que éstos la suelen tener en cuenta, ya que no como fuente *principal*, sí como fuente *supletoria*.

(1) Este era, sin duda, el motivo por el cual la ley provisional que puso en vigor el Código de 1848, inspirándose en un criterio mucho más acertado y menos presuntuoso que el que anima al Código vigente, dispuso en su artículo 2.º que el Gobierno propondría á las Cortes *dentro de tres años ó antes*, si lo estimare conveniente, las reformas que deberían hacerse en el Código, acompañando *las observaciones que al menos anualmente debían remitirle los Tribunales*. Esta es también la razón de las «disposiciones adicionales» del vigente Código civil.

(2) Según la última *Estadística de la administración de justicia en lo criminal* (1892), entre las «propuestas hechas por las Salas sentenciadoras con arreglo al art. 2.º del Código penal» en el año 1892 y las pendientes de resolución el día 31 de Diciembre de 1891, componen un total de 43, de las cua-

Digitized by Google

peligrosísimo recurso de *revista*, que en su art. 112 establece la ley del Jurado.

---

les sólo se despacharon durante el año, 14 (!) y quedaron pendientes de resolución 29 (!). — Estas cifras indican: 1.°, que la Magistratura española considera como muy perfecto el actual Código penal, cuando en todo un año, en el cual se incoaron 76.500 causas, solo en 31 de ellas (las otras 12 hasta 43 provenían del año anterior) encontró dicha Magistratura defectuosa ó injusta la aplicación de los preceptos taxativos del Código; 2.°, que aun en estos pocos casos el Gobierno no se ha apresurado á remediar tales deficiencias: de 43 propuestas que se elevaron ante él, sólo pudo resolver 14. — ¡Cualquiera creería, á juzgar por estas cifras, que las leyes penales y la administración de justicia criminal son en España inmejorables! Por mi parte, creo que el hecho se presta á no muy lisonjeros comentarios, y que las inducciones y consideraciones que sobre él pueden hacerse son bien tristes.

Digitized by Google

II

Otras fuentes del derecho penal, además de la ley.

22. Teniendo en cuenta algunas de las indicaciones hechas en el capítulo anterior, y en general el espíritu que domina en todo él, es fácil colegir cuál será el que inspire el capítulo presente, consagrado á mostrar, aunque muy de ligero, el valor que en las materias penales pueden y deben tener, juntamente con la ley, las demás fuentes del derecho, es decir, la costumbre, la jurisprudencia de los tribunales, el derecho científico, el derecho natural, el derecho derogado. Iremos estudiándolas una por una y por el mismo orden con que las acabamos de enumerar.

23. Los leguleyos y juristas, á los que, no sin razón, se atribuye una gran hostilidad hacia todo lo que signifique reforma y apartamiento de la rutina, así como una carencia total ó casi total de cultura y sentido filosóficos (1), han abusado

(1) «De todos los dominios de la vida social, el derecho es aquel en el cual la especulación filosófica se ha empleado menos en nuestros días. Se ha manifestado ésta en la filología y la mitología comparadas, en política, en moral, en estética; pero los códigos le han producido miedo, y ha dejado el derecho á los juristas, la mina á los mineros. ¿Se ha retirado, yo no sé por qué, ante los estudios especiales que la explotación de un nuevo filón haya exigido? ¿Habrá entre el espíritu jurídico y el espíritu filosófico alguna incompatibilidad natural?... La ciencia del derecho se ha cerrado en sí misma, permaneciendo estéril, rutinaria y sedentaria...» (Tarde, *Las transformaciones*

Digitized by Google

bastante de ciertas fórmulas llamadas «aforismos jurídicos», cuyo sentido casi nunca penetran y con frecuencia hasta lo

---

del derecho, trad. esp. del Sr. Posada, Madrid, 1896, pág. 11.) «El hombre de toga, sea legista ó profesor, necesita mucha energía y robustez mental ó inquietud de ánimo para sustraerse al imperio de los hábitos y de las tradiciones que ha mamado en la cátedra. Toda novedad lo espanta, toda variación en aquello que siempre ha practicado, lo perturba. No hay ninguna clase en que más influjo ejerza el atavismo y el odio á lo nuevo que en la de los juristas. La palabra del legislador se le presenta como el reflejo de la mayor ciencia y sabiduría que es posible imaginar. Su educación lo ha inmovilizado dentro de un círculo de ideas, de doctrinas, de teoremas, trazado dos mil años ha, y no pretende salir de él.» (Salvioli, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, 1891, págs. 5 y 6.) «No se puede desconocer que la jurisprudencia es, de todas las disciplinas, la que permanece más inmóvil y adelanta con más pausa, pareciéndose en esto á ciertas ciudades de provincias, en las cuales las modas en desuso en la capital se aceptan como otras tantas novedades.» (Menger, *El derecho civil y los pobres*, en la *Revista de derecho y de sociología*, t. I, 1895, pág. 294.) «Por fin se ha comenzado, por fortuna, á interrumpir una tradición secular que había hecho de los juristas, según ya dijo Voltaire, los conservadores de todos los usos más bárbaros, los defensores sistemáticos de todas las usurpaciones feudales y capitalistas, como dijo Saint-Simón, ó, como dijo un jurista eminente, Championnère, los complacientes cómplices de la opresión y de la explotación del trabajador, etc.» (Loria, *Socialismo giuridico*, en la revista *La scienza del diritto privato*, t. I, 1893, págs. 520 y siguientes.)

El hecho de la hostilidad de los juristas á toda innovación es indudable; mas si fuera preciso aducir pruebas del mismo, no tendríamos más que referirnos á lo que continuamente está ocurriendo con los profesores de Derecho, magistrados, fiscales, letrados, y en general, con los que se llaman hombres de *toga* y de ley, siempre dispuestos á defender con todas sus fuerzas el *statu quo* y á impedir á todo trance las alteraciones en lo existente, como atentatorias contra el *orden*. La causa de ello no es otra seguramente sino el que se consideran como los «sacerdotes del derecho» —según ellos dicen,—y estiman en el fondo como *derecho*, como el *orden*, como lo *justo* (aunque muchas veces protesten formalmente contra tal idea), sólo lo que preceptúan las leyes del pueblo y del momento en que viven. Para ellos, la justicia es lo que se acomoda á la naturaleza de las cosas; pero esta naturaleza no es mudable, no sufre alteración ninguna, es eterna, es absoluta: la naturaleza de las cosas es la manera de ser éstas *hic et nunc*, actualmente; las únicas leyes que responden á esta naturaleza, y á la justicia por consiguiente, son las leyes

Digitized by Google

desnaturalizan y adulteran (1). Si así no fuese, habrían echado de ver fácilmente que en la profunda fórmula de un ilustre

---

que regulan el mundo social en la forma en que *hoy* lo vemos, que ha sido siempre así y será ya la definitiva, que es la única racional, la única fundada en la esencia de las cosas, la única que se acomoda á los dictados del derecho natural inmutable, permanente, indefectible, irreformable. Pretender, por tanto, introducir modificaciones en el *presente* organismo del derecho, es querer echar por tierra el orden, perturbar la hermosa armonía en que vivimos, producir el caos social. ¡Y ellos, los «custodios» de todas aquellas «cosas santas», los encargados de la guarda y conservación del «fuego sagrado en el templo de Themis», no pueden consentir tamaños atentados y deben oponerse con alma y con vida á que se consumen!—Claro está que dicha disposición de ánimo de los juristas es efecto principalmente de la educación de los mismos en las ideas del antiguo derecho natural y de la consiguiente carencia de estudios históricos y positivos; por eso, á medida que estos estudios van penetrando en la jurisprudencia (mediante los trabajos de los modernos historiadores del derecho, de los etnólogos, de los sociólogos, de los psicólogos, de los antropólogos, de los escritores de derecho comparado...) y subrogándose en el lugar del insostenible derecho natural tradicional, va introduciéndose en la ciencia y en la vida jurídica el fermento de la innovación. Los juristas más empapados en el conocimiento de las ciencias modernas son, claro es, los que han empezado á salirse del camino rutinario y á pedir que las correspondientes disciplinas vayan renovándose y entrando en la corriente general del saber experimental de nuestro tiempo; los otros que continúan apegados á los viejos conceptos, siguen viviendo en medio de una realidad que no es la nuestra, sino que ya ha pasado, y por eso son refractarios á las reformas que con fuerza imperiosa reclama la realidad actual, que ellos no perciben, porque no quieren mirarla. ¡Si la hubieran observado y estudiado, ni se habría dado el caso de que ciertos investigadores, que ellos llaman *intrusos*, hubieran invadido su propio campo, por ellos inexplorado, tomándoles la delantera, ni tendrían precisión de estar pidiendo auxilio á la continua, como hoy sucede, para saber lo que es el derecho y para aplicarlo, á dichos *intrusos!*

(1) Cuando en alguno de sus alegatos, escritos ó peroraciones ante los tribunales logran aducir uno de esos aforismos, aun cuando para aplicarlo al caso tengan que estirarlo tanto, que lo descoyunten, creen que han dicho ya, de un modo inapelable, toda la verdad. *Ita scripsum est*, decían los antiguos legistas, con relación al derecho romano (véase Sumner Maine, *El antiguo derecho*, trad. esp., Madrid, 1893, pág. 62), y esto es lo que suelen también decir ó querer decir, los legistas de hoy. Están, por consiguiente, para muchos

Digitized by Google

jurisconsulto, que ellos repiten tan á menudo, á saber: «el derecho es la vida», se encuentra la condenación más explícita de las concepciones que luego aceptan tocante al derecho y á sus fuentes. En efecto, olvidando que las relaciones jurídicas son relaciones *reales;* que se producen y concretan en la *realidad* y en la VIDA, y que sólo *dentro* de éstas es posible sorprenderlas, investigarlas, conocerlas, es decir, que no hay más fuente de las mismas que la vida y la realidad, se dieron á buscar el derecho en regiones desconocidas, mejor dicho, imaginarias, en regiones extrasensibles, extrarreales; y luego que creyeron haberlo hallado, con carácter de absoluto, de exacto, de eterna é inflexiblemente justo, se lo mostraron al legislador, ó con más propiedad, al poder público, para que éste lo formulase en disposiciones concretas, obligatorias para todos, y exigiese su cumplimiento.

Considerado de esta manera el problema, claro está que

---

las cosas en la misma situación en que se hallaban á mediados del siglo precedente, cuando, refiriéndose al *Corpus juris Justinianei*, escribía el marqués de Beccaria: «Algunos restos de leyes de un antiguo pueblo conquistador, mandadas compilar por un príncipe que reinaba hace doce siglos en Constantinopla, mezclados luego con ritos longobardos y comprendidos en farraginosos volúmenes de privados y oscuros intérpretes, forman la tradición de opiniones que todavía recibe en una gran parte de Europa el nombre de leyes; y es cosa tan funesta como común en nuestros días el que una opinión de Carpzovio, un uso antiguo de que habla Claro, un tormento sugerido con iracunda complacencia por Farinaccio, sean las leyes á que con seguridad obedecen aquellos que deberían regir temblando las vidas y las fortunas de los hombres.» (*Dei delitti e delle pene*, prólogo.) Afortunadamente, el valor de dichos «aforismos» va comenzando á reducirse mucho en la jurisprudencia, como se ha reducido también en medicina el valor de los antiguos aforismos hipocráticos. (Véase, entre otros, Salvioli, loc. cit., y *Gli aforismi giuridici*, en la *Scuola positiva*, 1891, t. I, págs. 289-295.) Sin embargo, todavía se aducen con excesiva frecuencia ante los tribunales por quien ordinariamente no sabe penetrar su sentido. «Aun hoy, dice Cogliolo, estos dictados acústicamente agradables, forman en nuestros tribunales la complacencia y el orgullo del rebaño de leguleyos ignorantes.» (*Filosofia del diritto privato*, Florencia, 1888, pág. 75.)

Digitized by Google

no era posible admitir otra fuente del derecho más que una, la ley, supuesto que en ella venía á condensarse, por obra del órgano del poder, todo el derecho previamente reconocido como exigencias de la *razón* (racionalismo: Kant y sus sucesores), ó como manifestación de la *voluntad* general, de la *voluntad* de todos (Rousseau, la escuela llamada filosófica) ó como preceptos de una *voluntad* sobrenatural, divina (escuela teológica, en sus varios matices). El derecho *positivo,* formulado por el legislador (1), y el derecho *natural*, establecido por Dios, producto del contrato social, ó recabado directamente por la razón humana, son una misma cosa. Lo que el legislador dispone, eso y sólo eso es el derecho, eso y sólo eso es lo justo (2). De lo que naturalmente resulta que el orden jurídico no es algo que fluye de la sociedad, de la vida; algo que se engendra, crece y se desarrolla en el seno de éstas, sino algo exterior y superior á las mismas, algo que se impone y pesa sobre ellas. A la sociedad, en lo tanto, no le corresponde otra cosa que obedecerlo ciegamente, sin discutirlo, sin analizarlo, sin investigar su razón y virtud internas, sin intentar modificarlo (3).

---

(1) Entendiendo por «legislador» el poder público que da la ley; pues esta palabra es muy elástica y puede referirse lo mismo al que por antonomasia se llama *legislador*, que á otro cualquiera de los demás órganos del derecho.— «¡El legislador ante todo! ¿Y quién es él? ¿Quién lo ha visto? ¿Quién lo ha hablado? Esta es la más grande mentira convencional sobre que se apoya toda la Bizancio que se hace denominar la justicia. El «legislador» es el centro del sistema. El es el dios de nuestra teología judicial.» (Turati, *Le quote minime della delinquenza*, en la revista *Critica sociale*. Milán, 1891, núm. 4.)

(2) «Omnisciente, omnividente, omniprovidente, se supone que el inmenso oceano legislativo que nos inunda salga de su divino cerebro, como un manantial continuo, como un pensamiento rígidamente lógico y congruente consigo mismo. En su fragmentaria, mastodóntica y casi fortuita obra no puede haber errores, ni lagunas, ni contradicciones. El lo ha previsto y contemplado todo, no porque así sea realmente, sino porque tal es el dogma, tal es la necesaria suposición, en cuanto el contemplarlo todo es el atributo de su esencia inmortal.» (Turati, ibidem.)

(3) Verdad es que los mismos defensores de esta concepción, aquellos

Digitized by Google

El único conducto posible por donde la justicia ha de penetrar en la sociedad y por donde ha de venir á concretarse en reglas á que los individuos asociados hayan de ajustar sus actos, es la ley (1).

---

que afirman que «el legislador es el *único* á quien está directamente confiada la misión de interpretar la ley natural» (Morató, *El Derecho civil español*, 2.ª edición. Valladolid, 1877, t. I, págs. 44 45) no se mantienen (ni era posible que se mantuvieran) completamente fieles á la misma, sino que se apartan de ella y erigen en juez de la justicia y en intérprete del derecho natural al individuo cuando atribuyen á éste la facultad de apreciar qué leyes son justas y cuáles otras no, para obedecer las primeras y dejar de obedecer las segundas. Sabido es cuánto han discutido y discuten los moralistas y escritores del derecho natural la cuestión de si deben obedecerse, y en qué casos, las *leyes injustas*, privando, en lo tanto, al legislador de su carácter de verdadero y único intérprete de lo justo y confiriéndoselo al súbdito.

(1) Bueno es advertir que el error á que se alude, de considerar que no hay más derecho que el derecho positivo, legal, promulgado por el poder público, no es exclusivo de los escritores de las tres direcciones mencionadas en el texto, es decir, de la dirección teológica, de la del derecho natural y de la racionalista, sino que es también común á algunos de la dirección realista, positiva, experimental. Gumplowicz, por ejemplo, habla de tres clases de relaciones, correspondientes á otras tantas esferas: 1.°, las relaciones gobernadas únicamente por la fuerza, las cuales entran en el gran círculo de la historia; 2.°, las relaciones que no caen todavía bajo la sanción de los poderes del Estado, pero tampoco están sometidas al sólo imperio de la fuerza, sino que en ellas ejerce cierto poder la opinión pública: estas relaciones entran dentro de la esfera de la moral (v. gr., las relaciones que se rigen por la costumbre, *mos, moris*); 3.°, las relaciones provistas de una sanción eficaz impuesta por los poderes del Estado, ó sea provistas de coacción: estas relaciones son las que forman la esfera del derecho. (Gumplowicz, *Derecho político filosófico, passim* y especialmente el libro II.) A su debido tiempo hemos hecho las oportunas observaciones á esta concepción, y á ellas nos remitimos. (V. las *notas* á la traducción española del citado libro de Gumplowicz.)—Gran parte de los positivistas modernos, singularmente muchos italianos, creen también que la característica de las relaciones jurídicas es el estar protegidas por el poder social, el estar provistas de una *actio:* tal ocurre con Schiattarella, Puglia, Cogliolo, Ferri y aun Ardigó (V. Dorado, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*. Madrid, 1891, segunda parte, sección se-

Digitized by Google

gunda.) Por donde para ellos el derecho es tan sólo el derecho positivo, *constituído*, legislado.

Pero entre los tratadistas pertenecientes á las tres primeras direcciones y los pertenecientes á las últimas, hay una diferencia capitalísima, y es que, mientras aquéllos—los de la escuela teológica, los de Rousseau y los racionalistas—estiman que la distinción entre el derecho, la moral, etc., es *esencial*, esto es, que *las relaciones jurídicas son las mismas en todos los tiempos y en todos los lugares*, los pensadores de la tendencia realista y los de la positiva creen que tal distinción es puramente *histórica*, ó lo que es igual, que las relaciones que hoy son jurídicas (garantidas por el Estado) ayer no lo eran, sino que pertenecían á la esfera de la moral ó á la de la historia, y que las relaciones que hoy no tienen todavía aquel carácter, por no poderse exigir su cumplimiento ante los poderes del Estado, y pertenecer, por lo tanto, al círculo de la moral (al de la costumbre, *mos, moris*, donde no impera más que la *conveniencia*), ó al de la historia (donde no domina más que la *fuerza*, como sucede en las relaciones internacionales), llegarán á adquirir dicho carácter cuando la presión de la opinión pública y la de la costnmbre sea tan fuerte, que los poderes del Estado no tengan más remedio que dispensarles protección. Entonces, en estas relaciones imperará la *justicia*.

El motivo de que la concepción á que se alude, que es, en suma, la concepción dualista, esté tan generalizada, puede muy bien ser el siguiente hecho. Resulta la vida social, como la de todo ser y organismo en el mundo, de la cooperación de multitud de individuos y de fuerzas, algunos de los cuales, por estar en situación ventajosa con respecto á otros más débiles, pero en realidad no menos útiles, se erigen, por la fuerza misma de las cosas, en tutores y protectores de estos últimos, supliendo con su mayor ilustración, con sus mayores medios, energías, etc., las deficiencias que éstos sienten. Semejante suplemento no redunda en beneficio exclusivo del asistido, sino en beneficio también del que asiste y de todos los coasociados, porque de esta suerte pueden todos aprovechar, de presente ó de futuro, elementos que de otra manera quedarían inactivos. Se trata, por lo tanto, sencillamente de una forma de cooperación para el bien *común*. Lo justo en este caso no tiene más fuente que la conveniencia, ó mejor aún, lo justo y lo conveniente (común) son la misma cosa; como asimismo uno y otro se identifican con lo humanitario, con la benevolencia y la caridad.—Pero acontece, por un lado, que aquellos que se hallan en situación de superioridad, los que protegen, los que amparan á los débiles, comienzan á interpretar torpemente qué es lo que en realidad les conviene, considerando que lo útil para ellos es buscar su exclusivo provecho en perjuicio de los inferiores, de los protegidos: entonces, la protección se cambia en opresión, la tutela en explotación, y se dibuja primero y se acentúa después una antítesis entre superiores é inferiores, entre fuertes y débiles, entre vencedores y vencidos, entre los que dan la ley,

Digitized by Google

imponiendo su voluntad, su capricho, lo que estiman que les favorece, y los que la reciben *(a)*. Por otro lado, á medida que el tiempo pasa y que esta situación se va consolidando, llegan los individuos á adaptarse á ella por la

---

(a) Esta antítesis, que llena toda la historia de la humanidad, y que tan de manifiesto han presentado, entre otros, principalmente Gumplowicz (*Derecho político filosófico*, trad. esp.; *Der Rassenkampt*, Inspruch, 1883; *Grundriss der Sociologie*, Viena, 1885, etc.), y Vaccaro (*La lotta per l' esistenza*, Roma, 1886; *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889; *Le basi del diritto e dello Stato*, Turín, 1893), no es originaria; no hay más que fijarse en lo que sucede en la naturaleza y entre los animales, para apercibirse de que lo primitivo es la cooperación, y que al lado de la lucha y antes que la lucha está siempre la alianza (V. Novicow, *Les luttes entre sociétés humaines et leurs phases successives*, París, 1893; primera parte; Posada, *La idea de justicia entre los animales*, Revista *La España moderna*, 1893). Por lo que de un modo concreto se refiere al derecho, Tarde (*Transformaciones del derecho, passim*, y especialmente el cap. I) y Morasso (*La evoluzione del diritto*, parte primera, § 4), este último principalmente sobre las huellas de Post (en sus diferentes trabajos de jurisprudencia etnológica) consideran que la universalidad de la idea del derecho no proviene, como suele creerse (aplicando á las relaciones de individuo á individuo dentro del grupo, en los pueblos y épocas primitivos, lo que sólo es propio de las relaciones entre grupos extraños), de un estado primigenio de lucha entre los hombres, que luego se haya transformado, ó lo que es lo mismo, de un primitivo instinto de venganza y de defensa; sino que proviene de un instinto de simpatía entre los individuos pertenecientes al mismo grupo social: con la diferencia de que mientras Tarde juzga que esta simpatía es espontanea, hija, por decirlo así, del amor al prójimo, del sentimiento de humanidad, Morasso la juzga derivada de puras necesidades económicas y de defensa. También A. Majorana (*Teoria dello Stato giuridico*, Roma, 1889, pág. 95), Posada (*Ihering*, en la *Revista de Legislación*, t. 81, 1892, págs. 298 y sigs.) y otros combaten la idea de Ihering de que al derecho sea inherente la lucha, y sostienen, por el contrario, que el derecho es armonía-abnegación y auxilio.—Esto indica que se va poco á poco iniciando y afirmando en la sociología un poderoso sentido de reacción contra la manera como durante muchos años se ha interpretado la lucha por la existencia en la humanidad, é imponiéndose por lo mismo una concepción del derecho, no como relación negativa (cual en Kant y los kantianos), no como relación dualista, proveniente de la oposición entre varios términos (concepción de los darwinistas crudos), no como relación originada por un egoísmo y un utilitarismo estrechos; sino como relación positiva, de adecuación entre seres y seres, de cooperación entre fuerzas diferentes, de conjunción entre necesidades ó fines, y medios, como relación realista, y por ser realista, unitaria, de composición y armonía, de abnegación, de solidaridad, como forma de obrar movida por un egoísmo y un utilitarismo de altos vuelos, que comprende los intereses de todos, esto es, como una forma de conducta cuyo resorte sea el altruismo (en el fondo, el verdadero egoismo). Esta es la concepción del derecho que tienen todos aquellos que (como Krause y sus discípulos, y en cierto sentido los individualistas á lo Spencer y los anarquistas) excluyen la coacción de la idea del derecho y desean que el cumplimiento de éste sea un acto espontáneo y libre, y la de aquellos otros (como Fouillée y muchísimos más) que piden la sustitución del contractualismo (racional, no ca-

Digitized by Google

fuerza del hábito, y entonces es ya muy fácil que, lo mismo vencedores que vencidos, consideren que es justo lo que tiende á mantener tal estado de cosas é injusto lo que tiende á destruirlo, y que, por tanto, lo justo, lo que manda la razón, es lo contenido en la ley, ó sea en la declaración de voluntad de los dominadores.—Tenemos, por consiguiente, ya el dualismo, la oposición, entre la justicia de una parte, lo que mandan los dominadores (antes protectores) inspirados por su estrecho egoismo, la ley, la norma, la expresión de la voluntad del legislador; y la vida de otra, lo que, para producirse normal y jurídicamente, tiene que acomodarse á la medida trazada de antemano. La excisión entre el *orden jurídico* y el *orden real*, entre el *derecho* y el *hecho*, aparece aquí perfectamente clara, completa. *Al que no acomode su obrar al derecho de buen grado, se le obligará por la fuerza á acomodarlo* (coacción). Excisión que trae además esta otra consecuencia: que el orden jurídico, el orden superior, se considera inmutable, indefectible, inatacable, mientras el orden real, inferior, es movedizo y transitorio. Mas por lo mismo que éste muda, y aquél no, se va cada vez ensanchando más el abismo que hay entre ellos; las leyes que fueron adecuadas para una época y que respondían á los dictados del orden inmutable, han dejado de serlo ya en la época siguiente, y entonces es cuando á todo el mundo le salta de ojo el divorcio entre la regla y la vida, cuando se clama contra la ley *injusta* que no responde á las *necesidades* del pueblo, y cuando se condena «en nombre del derecho natural» una disposición cuyo defecto está precisamente en responder con harta fidelidad al derecho natural mismo, es decir, al derecho natural *de otros días*, que si fuera *inmutable*, como se pretende, habría de seguir siendo idéntico derecho natural actualmente.—En resumen: los escritores no hacen aquí, como siempre, más que edificar una teoría basándose sobre un estado de hecho, y formular con pretensiones de científica la opinión común de las gentes, según la cual, se reputa originario y permanente lo que es tan sólo derivado y transitorio; se divide la humanidad en dos partes desiguales, la de los que mandan y la de los que obedecen (soberano y súbditos, clases é individuos siempre directores y clases é individuos en perpetua sujeción y minoría); se considera que la función propia de los primeros es dar la ley, formular á su antojo el derecho, la pauta de vida sólo para los segundos («la ley es la *voluntad* del legislador»; «el soberano es quien da la ley, que á él no le

---

prichoso) al régimen de la cooperación forzada, el régimen del contrato al del estatuto (Sumner Maine, etc.), el industrialismo al militarismo (Spencer, Leroy Beaulieu, etc., etc.) Véase tocante al particular el artículo del Sr. Posada, *Sociología y anarquismo*, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 85, 1894, págs. 226 y siguientes, y el del Sr. Giner, *Un nuevo libro de Schäffle*, en la misma *Revista*, tomos 84 y 85, principalmente este último, págs. 513 y siguientes.

Digitized by Google

24. Esta concepción es la que ha dominado durante mucho tiempo en todo el derecho (1) y la que, según queda notado, domina actualmente todavía en el derecho penal. Ahora, lo que parece extraño es que, habiendo comenzado á desaparecer dicha concepción en todos los otros órdenes y á ser reemplazada por la concepción histórica, realista, sociológica, la cual también ha invadido la esfera de la disciplina penal, ésta continúe, anacrónicamente, formando una excepción en el sistema general del derecho.—Gracias, primero, á los trabajos de la escuela histórica, y después, á los posteriores estudios históricos, sociológicos, arqueológicos, etnográficos modernos, juntamente con los de la dirección orgánica (en su más amplio sentido) en la filosofía del derecho, es imposible ya dudar de que éste, cuya *primitiva* y única fuente es siempre la realidad (como sistema de medios para la satisfacción de necesidades), va poco á poco siendo reconocido (casi podríamos decir *producido*, en cuanto sólo viene á la efectividad mediante aquel reconocimiento) por el hombre, y convirtiéndose en norma de su conducta en las relaciones que mantiene con los demás hombres y aun consigo mismo y con todos los demás seres, es decir, en su vida de relación. A medida que avanza en su desarrollo la humanidad, cada uno de los miembros de la misma, individuos ó agregados sociales, y todos juntos, se van penetrando mejor de sus mutuas relaciones, van adquiriendo conciencia cada vez más clara de lo que pueden exigir á los demás y de lo que tienen que prestarles en cambio, es decir, de sus *derechos* y *obligaciones*; van concretando y determinando dichas relaciones y buscando toda clase de medios que aseguren el cumplimiento

---

obliga, porque está *sobre* ella»), y que la misión propia de los segundos no es más que obedecer ciegamente, sin discutirlos, de grado ó por fuerza (la coacción, *característica* que se dice del derecho), los mandatos de la minoría de los «superiores» por naturaleza.

(1) Hasta donde ha sido posible; pues las necesidades de la vida y el inevitable progreso de la misma no se armonizaban con la *cristalización* y estancamiento jurídicos, que eran la consecuencia obligada de tal doctrina.

Digitized by Google

de las mismas; van, digámoslo así, *creando* el derecho, actuándolo. A esta labor contribuyen *todos* (1) los miembros de cada agrupación social, y para realizarla echan mano de cuantos medios tienen á su alcance, convirtiéndolos en otros tantos órganos de creación ó formulación del derecho, en otros tantos canales por donde éste llega á hacerse efectivo, en suma, en otras tantas *fuentes* del derecho. Fuentes del derecho son, por tanto, no tan sólo la ley, sino todas las demás de que los miembros de un agregado social pueden valerse para ir convirtiendo en obligatorias aquellas relaciones mutuas, sin cuyo respeto no juzgan posible la vida del agregado. Y como esta labor es constante, porque las relaciones que entre dichos miembros pueden existir son infinitas, la determinación y la actuación de aquéllas es continua, y en lo tanto, la función de las fuentes del derecho, incesante. Jamás podrá decirse que se ha agotado el derecho, antes bien se halla en perpetua elaboración, porque el manantial originario de donde procede—la vida humana—no puede verse exhausto.

Modificada de esta suerte la concepción abstracta, que ha dominado singularmente en el presente siglo, ha venido imponiéndose la necesidad de ensanchar más y más los horizontes

(1) Es ya hoy doctrina corriente la de considerar al Estado como el órgano del derecho. Ahora bien, si hasta poco tiempo hace se estimaba que el Estado era sinónimo de *poder público*, y por consiguiente no había más derecho que lo que el poder público definiera como tal, ó sea la ley, en nuestros días las ideas han cambiado mucho, y se considera que el Estado lo constituyen *todos* los individuos y sociedades, de primero ó de ulteriores grados, que forman parte de una agregación política; quedando reducido el poder público á ser uno, no más, de tantos órganos del Estado. De donde resulta que *todas* las partes ó miembros de la agregación política son órganos del derecho, que todos pueden declararlo, y que, por consiguiente, todas estas formas de declaración serán otras tantas fuentes del derecho. (Véase acerca de la concepción del Estado *total* y su distinción del Estado *oficial*, el *Resumen de filosofía del derecho*, de Giner y Calderón; los *Estudios jurídicos y políticos*, de Giner, el *Tratado de derecho político*, de Posada, t. I, y las notas de Dorado á la traducción española del *Derecho político filosófico*, de L. Gumplowicz.)

Digitized by Google

del derecho, renunciando el poder público á la pretensión de erigirse en único depositario de éste y volviendo á la *antigua* manera de administrar justicia, ó sea á aquella según la cual los juzgadores estaban obligados á servirse de todos los medios que considerasen más á propósito para el desempeño de su función (1). Ahora, en las materias penales han penetrado también las modernas concepciones orgánica, histórica y sociológica, por obra principalmente de las dos escuelas referidas, correccionalista y positiva; sin embargo, no parece que han penetrado lo bastante para hacer que esta rama jurídica siga la corriente general y se acomode á la exigencia que la misma incluye de considerar que el derecho tiene muchos más modos de concretarse que la legislación, y de obligar á los jueces á tomarlos todos en cuenta para la administración de la justicia penal (2). Precisamente por eso vemos nosotros una

---

(1) Esta manera es, en efecto, antigua; á lo menos en el mundo clásico ya se empleó. «La inteligencia griega, con su movilidad y su elasticidad, era incapaz de encerrarse en el estrecho ropaje de una fórmula legal.... Lo que nos resta de los oradores y de los lugares comunes de elocuencia judicial conservados por Aristóteles en su *Retórica*, demuestra que las cuestiones de derecho puro eran discutidas constantemente *por todos los medios* que podían influir en el ánimo de los jueces. (Sumner Maine, *El derecho antiguo*, parte general, trad. esp., Madrid, 1893, pág. 58.) En Roma no puede caber la menor duda acerca del particular: sabida es la grandísima importancia que como fuentes del derecho tuvieron las *mores majorum*, las decisiones de los tribunales, los edictos de los pretores (que venían á ser una serie de medios con que el derecho consuetudinario eludía ó barrenaba las disposiciones legales, el derecho estricto), las respuestas y opiniones de los jurisconsultos, etc. Y durante la Edad Media la fuerza del derecho extralegal, especialmente de la jurisprudencia y de las opiniones de los legistas, fué inmensa. Sólo en el siglo pasado es cuando comenzó á considerarse que el derecho «provenía de la legislación, no de las costumbres, y que el pueblo no lo *creaba*, sino que lo *aceptaba*». (V. Cogliolo, *Filosofía del diritto privato*, Florencia, 1888, pág. 48.)

(2) Así, v. gr., Ferri, al examinar el proyecto de Código penal suizo, dice que *todas* las escuelas (por consiguiente, también la suya) admiten el principio consagrado en el art. 1.° de aquel proyecto: «Nadie puede ser castigado si no ha cometido un acto ya de antemano incriminado por la ley penal». (*La*

Digitized by Google

cierta contradicción entre el sentido interno, latente, por decirlo así, en dichas escuelas, sentido que responde á los conceptos y criterios de la ciencia moderna, y muchas de las afirmaciones que aquéllas hacen, incongruentes con tales criterios, y que son un residuo de las teorías antiguas.

25. Se comprende muy bien que los escritores de la llamada «Escuela clásica» y los Códigos que ellos han inspirado, mientras toleran, aunque no de muy buena gana, la intromisión del derecho consuetudinario en la esfera de la Administración de justicia civil y administrativa, rechacen de una manera resuelta y hasta abominen de la pretensión de introducirlo en la materia penal. Por una parte, el sentimentalismo de la corriente á que pertenecen, es decir, el sentimentalismo humanitario iniciado por Beccaria y sus continuadores, ó más bien producto del ambiente social en que vivieron, al cual sentimentalismo se debe la dulcificación de las penas y la repugnancia hacia todo lo que signifique tortura y crueldad innecesarias y arbitrarias; por otra parte, el sentimiento igualitario, nivelador, de la filosofía del siglo pasado y de la Revolución en que encarnara, de cuyo espíritu están saturadas las

---

Scuola positiva, tomo III, 1893, pág. 702.) Y Pinsero, el cual pertenece también á la nueva escuela penal, dice entre otras cosas: «Una vez compilada y debidamente sancionada y promulgada la ley penal, *no puede ser considerado como delito* un hecho, cualquiera que sea, que no esté previsto, ó no pueda ser comprendido de un modo específico, ó también por analogía, en una de las categorías de delitos establecida por dicha ley, y que no esté expresamente condenado ó prohibido por la misma». (*Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale*, Palermo, 1892, pág. 248.) «Ningún hecho puede ser considerado como delito si la ley penal no lo ha previsto de un modo específico ó genérico, é igualmente ninguna pena puede aplicarse si no ha sido precedentemente fijada por la ley penal». (Id. id., pág. 250.) Análogas afirmaciones hace el autor en varios lugares de su obra. Lo propio dicen los partidarios de una dirección intermedia, aquellos que, aun siendo deterministas y aun reconociendo la necesidad de introducir radicales modificaciones en el actual organismo del derecho penal, no aceptan las conclusiones fundamentales de la escuela positiva: véase, por ejemplo, Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., Berlín, 1894, introducción, § 16, pág. 68.

Digitized by Google

obras de los escritores á que nos referimos; por otra, el predominio de las ideas abstractas de justicia absoluta é ideal, proveniente de lo alto y aplicable á todos los individuos de la propia manera, imposible de surgir de la variable, movediza é impura realidad; y por otra, y sobre todo, la necesidad fuertemente sentida de oponer un dique indestructible á las arbitrariedades que los jueces venían cometiendo, amparados por la deficiencia y laxitud de las antiguas leyes, y escudándose con el comodín de la costumbre y de la jurisprudencia (1), son razones bastantes para que el estudioso pueda darse clara cuenta

(1) Los abusos á que daba lugar este estado de cosas eran en verdad más que suficientes para provocar una reacción tan fuerte como la que se produjo y que todavía dura. Ya hemos hecho indicación de algunos. Por lo demás, puede verse cuáles eran en cualquier autor de derecho penal. Citaremos tan sólo algunos. «Sin duda, en teoría, tanto en Francia como en las otras partes de Europa, se distinguía dos especies de penas: las unas, llamadas *ordinarias* ó *legales*, eran fijadas por las ordenanzas de los soberanos ó por los estatutos locales; las otras, llamadas *extraordinarias* ó *arbitrarias*, comprendían aquellas cuya aplicación se abandonaba por la ley ó por la costumbre al poder arbitrario de los jueces. Pero esta distinción se borró poco á poco, lo mismo en Francia que en los demás sitios, y entonces se convirtió en regla general, consagrada por el uso, el principio de lo arbitrario de las penas. Este principio permitía á los jueces: 1.°, castigar hechos no previstos y elegir, de entre las penas que se usaban en el reino, aquellas que les pareciesen más convenientes; 2.°, modificar las penas legales, ora atenuándolas, ora agravándolas de cualquier manera, v. gr., por medio de una acumulación, de lo cual nos ofrecen las sentencias numerosos y crueles ejemplos. La represión estaba de esta suerte abandonada al poder discrecional de los tribunales, y puede decirse con verdad, que, durante el antiguo régimen, no ha habido en Francia derecho penal propiamente dicho.» (Garraud, ob. cit., I, pág. 76; Haus, ob. cit., I, págs. 56 59.) «Añádase á esta arbitrariedad del juez el profundo caos y la incertidumbre que reinaba en la Administración de justicia, por consecuencia de la confusión en manos del rey de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; el soberano no tenía que someterse ni á las ordenanzas que él había hecho, puesto que podía derogarlas á *su voluntad*, ni á las sentencias pronunciadas en su nombre, por cuanto podía reformarlas como juez supremo; de ahí los juicios por comisarios, tan abundante fuente de iniquidades, el derecho de evocación, por virtud del cual arrancaba al acusado á sus jueces naturales, el privilegio de *committimus*, que producía el

Digitized by Google

de aquel fenómeno, y se aperciba de que, en el orden de ideas que dominaba en el sistema penal de los «clásicos», encajaba perfectamente la negación de un derecho penal consuetudina-

---

mismo efecto, las moratorias *(lettres de répit)* para suspender el efecto de los fallos, las *lettres d'Etat*, los privilegios de *lettres gardiennes*, etc., etc.» (Roland, *De l'esprit du droit criminel*, París, 1880, pág. 328, nota 2.) «La doctrina y la jurisprudencia dividían los delitos en dos clases: delitos de lesa majestad divina y de lesa majestad humana, estos últimos según que atentasen al primer jefe ó al segundo jefe, y delitos contra los particulares. En los delitos de lesa majestad humana contra el primer jefe *(a)* y en los demás crímenes enormes no se aplicaban las reglas de derecho común. Las penas dejaban de ser personales: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge del culpable eran ordinariamente castigados con el destierro y la confiscación de bienes. La demencia y la juventud, aun la próxima á la infancia, no constituían causas de justificación ni siquiera motivos de excusa. Por fin, se procesaba al cadáver.» (Haus, ob. cit., I, pág. 58; Garraud, loc. cit.) Ahora, únase á esta arbitrariedad, y á la grandísima latitud de que los tribunales gozaban para la calificación de los delitos y la elección y aplicación de las penas, la dureza, la crueldad de éstas todavía en el siglo pasado, y hasta en el presente, y se comprenderá bien la reacción violenta y extremada contra dicha amplitud. «La pena de muerte se prodiga acompañándola de tales medios, que los accesorios imponen más que la muerte misma. El fuego, la separación de miembros por medio de cuatro caballos ó de cuatro galeras, la rueda, la estrangulación, el ahogadero, son variedades de esta pena. Todo género de tormento era medio de castigo; por eso en algunos países se arrastraba al paciente sobre zarzas, ó se le llevaba al suplicio ignominiosamente, ó se le condenaba á ser atenaceado é inyectado su cuerpo con plomo derretido, aceite hirviendo, pez, cera y azufre líquidos ó inflamados.... Una especie de pena capital era la mutilación, que comprendía tantas clases como órganos tiene el cuerpo: las leyes autorizan la mutilación de las manos, de las orejas, de las narices, de la lengua, de los labios de los ojos.» (Gutiérrez, *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, páginas 97 98.) «Sólo el infierno dantesco puede dar una idea de las penas de

---

(a) Eran delitos de lesa majestad contra el primer jefe, el homicidio ó la tentativa de homicidio cometidos en la persona del rey ó de los miembros de su familia y los atentados contra la seguridad del Estado. Los delitos de lesa majestad contra el segundo jefe comprendían aquellos actos que podían ser considerados como ofensas al honor y á la autoridad del rey, v. gr., la falsificación de moneda, la derrama arbitraria de impuestos, el peculado, la concusión.

Digitized by Google

rio (1), la consideración de la costumbre como propia tan sólo de las sociedades primitivas (2), y la afirmación de que á lo más puede admitirse que sea una guía para la interpretación de la ley penal, mas nunca fuente independiente del derecho en esta materia (3).

---

aquella edad, adoptadas como instrumento de venganza social y de terror; una prodigalidad de suplicios, de castigos excesivos y crueles (como la exacerbación de la muerte por el fuego, por el dilaceramiento, por la rueda, por la estrangulación, el enterramiento en vida, el *culleum* y el *vivicomburium de los romanos*, la extracción de vísceras, las tenazas, el aceite hirviendo, el plomo derretido, la dispersión de las cenizas de los ajusticiados, etc.), y además de esto, la mutilación, la marca y los azotes, con los que no sólo se violentaba el cuerpo, sino también la conciencia y la moralidad de los hombres.» (Pessina, ob. cit., I, págs. 82 83. Véase también Roland, ob. cit., segunda parte, lib. IV; Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la penalité et de la responsabilité*, 2.ª ed., París, 1874, núms. 229 y siguientes, págs. 344 y siguientes; Trebutien, *Cours elementaire de droit criminel*, 2.ª ed., París, 1878, t. I, núms. 127 y sig., pág. 73 y sig.; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., Berlin, 1894, § 6, págs. 26-28; Weinrich, *Beamtete und nichtbeamtete Strafrichter in Frankreich und Deutschland*, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. XV, 1894-95, págs. 508 y sig.; Carrara, ob. cit., t. III, § 886, págs. 160 61; Tissot, *El derecho penal estudiado en sus principios*, etc., trad. esp. de Ortega García, Madrid, 1880, t. III, cuarta parte; García Goyena, *Código criminal español*, etc., t. I, págs. 9 y sig., 65 y siguientes; La Serna y Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España*, 8.ª ed., Madrid, 1869, t. III, págs. 1-2, y otros.)

(1) «Nuestras instituciones no admiten el derecho penal consuetudinario.» (Haus, ob. cit., I, pág. 3.)

(2) «La costumbre puede ser manifestación del derecho en las sociedades nacientes; pero cuando la cultura jurídica se desenvuelve en una nación dada, la ley debe ser la única manifestación del derecho, debiendo considerarse como ineficaz la acción de todo otro principio distinto de la misma.» (Pessina, ob. cit., pág. 120.)

(3) Pessina, ob. cit., pág. 121. Lo curioso es que este autor, para quien, como se ha visto, el fundamento, digámoslo así, de las leyes es la *conciencia nacional*, confiesa que también la costumbre puede servir de expresión á dicha conciencia nacional, y en lo tanto, puede ser fuente de derecho en general; pero añade que en materias penales no puede serlo, aun cuando sirva de expresión á referida conciencia. «El derecho romano, dice, dedujo la fuerza obligatoria de la costumbre de que es, al par de la ley escrita, la expresión de la conciencia nacional; pero este concepto de la costumbre en general no

Digitized by Google

Lo que no nos parece tan fácilmente explicable, ó mejor, tan fácilmente justificable, es que los penalistas modernos, aquellos que se inspiran en criterios orgánicos, históricos, positivos, realistas, se hayan contentado con repetir en este punto la doctrina de los autores clásicos, ó no se hayan preocupado en lo más mínimo del presente problema, dejando, por tanto, que la interesantísima ciencia de la costumbre siga tan incipiente y tan descuidada como lo ha venido estando durante mucho tiempo; más descuidada todavía en materia penal de lo que lo ha estado en las materias restantes (1). En efecto,

---

puede exactamente aplicarse siempre al derecho penal.» (Id., loc. cit.) Ahora ¿cuál es la razón de la diferencia? ¿Por qué la costumbre en general es *siempre* «expresión de la conciencia nacional» y no lo es *siempre* la costumbre en materia penal? El autor no lo dice, y era bueno que lo hubiese dicho. La razón no es, á nuestro juicio, otra que la que en el capítulo anterior queda expuesta, ó sea que en materia penal es malo dar amplitud á los órganos encargados de la administración de justicia. Ahora, suponiendo que el concepto de la costumbre en general, como expresión de la conciencia nacional, «no pueda exactamente aplicarse *siempre* al derecho penal», ¿por qué *en los casos* en que esta aplicación sea posible no ha de hacerse, es decir, por qué no ha de dársele el valor de fuente de derecho? Y ¿cuáles serán esos casos? Pessina no da contestación á ninguna de estas preguntas, y sin embargo, de esta contestación depende, como es fácil comprender, el que la vaga afirmación del autor tenga algún significado.

(1) «Entre las ideas que amanecieron con cierta robustez ya en la antigüedad, es acaso ésta la que menos camino ha hecho en la ciencia, la que más pronto ha suspendido el curso de su monótoma é irregular evolución. Los pensadores, en vez de pensar, se han limitado á copiarse unos á otros. Y no ha de parecer exageración si digo que la ciencia de la costumbre no ha soltado todavía las primeras mantillas de la infancia.» (Costa, *Requisitos de la costumbre según los autores*, en el libro *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1884, pág. 134.) El Sr. Costa, que es quien escribe estas palabras, viene hace mucho tiempo trabajando para la formación de un tratado verdaderamente científico acerca de la costumbre, y aun tiene reunidos los materiales que deben servirle para ello. Cuando este trabajo se publique, es bien seguro que ha de contribuir mucho á rectificar las equivocadas concepciones que sobre el particular existen todavía: el nombre del autor, el sumario del libro (sumario publicado en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza* de 15 y 31 de Enero de 1887: *Plan de un tratado sobre el derecho consuetudinario*) y los fragmen-

Digitized by Google

una de las idas en que aquellos penalistas apoyan sus teorías, antes bien, la idea madre puede decirse, es que la sociedad es un organismo (1), y que ésta, como todo organismo, va produ-

---

tos del mismo ya publicados (uno de ellos es el que queda citado: *Requisitos de la costumbre según los autores*, trabajo excelente y muy erudito, y otro es el hermoso libro que lleva por título *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880) son prenda muy cierta de que así ha de suceder.—El Sr. Costa, tan conocido y justamente apreciado por sus admirables escritos sobre multitud de heterogéneas materias, ha consagrado á esta de la costumbre gran parte de su asombrosa actividad desde muy joven, pues ya en 1876, habiéndose abierto un concurso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid por la familia de D. José María Maranges, para honrar el nombre de este malogrado profesor de Derecho natural y romano, y habiendo servido de tema el siguiente: *La costumbre como fuente de derecho, considerada en sus principios y en su valor é importancia en Roma*, de todas las memorias que se presentaron, la que obtuvo el premio fué la del Sr. Costa. El único capítulo de la misma que se ha publicado es el libro que lleva por título *La vida del derecho*, Madrid, 1876.

Ahora, el Sr. Costa, en los referidos trabajos no habla especialmente de la costumbre en el orden penal, ni en el *Plan de un tratado sobre el derecho consuetudinario* dedica título ni sección alguna á esta especie de la costumbre; sin embargo, por el testimonio del mismo Sr. Costa, á quien consultamos sobre el particular, sabemos que para él es «indudable la *universalidad de la fuente consuetudinaria* del derecho positivo; no hay sino recordar que el antiguo derecho penal de España había sido abolido en su mayor parte por la costumbre antes de que lo aboliese formalmente el legislador en nuestro siglo, y que eso mismo parece que ha sucedido y sigue sucediendo en Inglaterra. Obsérvese también la actitud de nuestras poblaciones la víspera de una ejecución: ayuntamientos, clero, diputados, comercio, etc., pidiendo desesperadamente el indulto: es un movimiento que comenzó no ha mucho: una generación más, y la pena de muerte habrá caído en desuso, más seguramente que abolida por la vía revolucionaria de la ley».

(1) No importa si un organismo análogo al organismo fisiológico, como algunos quieren (Schäffle, Lilienfeld, Spencer, Sergi, Espinas, Ferri, etc.), ó sólo un organismo *lato sensu*, un organismo *sui generis*, como quieren otros (De Greef, Gabba, Letourneau, Gumplowicz, Colajanni, Vaccaro y muchos más); pues lo cierto es que todos, aun los que, como Gumplowicz, rechazan con más energía la idea del organismo social como un propio organismo fisiológico, no llaman sociedad á un mero agregado de individuos, sino á aquellos agregados que tienen ya *organización*. (V. las obras de este autor, principal-

Digitized by Google

ciendo su vida lenta y orgánicamente, ó lo que es igual, que esta vida es el resultado de un proceso natural, en el que intervienen todas, absolutamente todas las energías que dicho organismo encierra, aunque cada cual desde su sitio adecuado, es decir, no todas de la misma manera, sino unas más directa y otras más indirectamente.

26. De este concepto fundamental resulta lo siguiente:

a) El derecho es un producto social, que se elabora poco á poco dentro de la sociedad misma, en vez de recibirlo ésta ya elaborado y concluído, como creyeron las antiguas escuelas del derecho natural y racional. Por consiguiente, es de todo punto errónea la concepción del mismo como una emanación directa de la voluntad de poderes sobrenaturales, cuya voluntad está encargado de interpretar el poder público y de traducir en leyes, las cuales, por lo mismo, representarán la única justicia posible, la justicia absoluta; así como es también errónea la concepción según la que el derecho deriva directamente de la razón, la cual puede decirse que lo crea, sacándolo, por deducción estrictamente lógica, de su misma esencia.

b) El derecho no está jamás enteramente concluído, sino que está en elaboración continua, sufriendo cambios incesantes, á medida que lo van exigiendo las cambiantes necesidades de la sociedad en que se produce y á las que procura buscar satisfacción. Es inútil pretender cristalizarlo en fórmulas legales, encerrarlo en moldes inflexibles y tratar de impedir que se manifieste variamente, por toda la variedad de órganos de que la sociedad puede disponer, desde el poder público hasta las diferentes agrupaciones y hasta los más humildes individuos de que aquélla se componga; inútil, por tanto, sobre ser descaminado, empeñarse en negar fuerza de derecho á las costumbres, que son una manifestación necesaria, genuina, de la manera

---

mente su *Derecho político filosófico*, trad. esp., Madrid, 1894, libro tercero; sus *Elementos de Sociología (Grundriss der Sociologie)*, Viena, 1885, y su *Sociología y política (Sociologie und Politik)*, Leipzig, 1892.)

Digitized by Google

de obrar de uno de los elementos sociales, más ó menos amplios, de un grupo social.

c) No puede sostenerse válidamente la idea de que la costumbre es manifestación del derecho propia de sociedades nacientes, antes bien, es preciso reconocer que su función es permanente en toda sociedad y en todos los momentos de la vida de ésta. Es verdad que en las sociedades primitivas, donde todavía no existen Códigos, y precisamente por no haberlos, la costumbre es, puede decirse, la única forma de concretarse el derecho (incluyendo en ella la jurisprudencia, la serie de sentencias dadas por el jefe del grupo, por el patriarca, el más anciano, el más fuerte, etc.), y es asimismo verdad que en tal estado el derecho es incierto, vago, imperfecto por tanto (1); mas esto no autoriza ni con mucho para negar que tal forma siga subsistiendo por necesidad en todos los pueblos; pues tanto valdría negar que el proceso de evolución social es doquiera y siempre el mismo en sustancia, aun cuando con diferentes gradaciones, ó que este proceso se interrumpe bruscamente y se cambia en uno nuevo en un determinado momento, á saber, cuando aparecen los Códigos.

27. Fácil es comprender que la vida de un agregado social, sea grande ó pequeño, pero mucho más si es grande y complicado, es, lo mismo que la vida del individuo, y en mayor es-

(1) Justamente para concluir con esta vaguedad, con este *jus incertum*, se publicaron los primeros Códigos, los cuales por le mismo produjeron grandes ventajas, como hacen notar Sumner Maine (ob. cit., págs. 23 25), Cogliolo (*Filosofia del diritto privato*, Florencia, 1888, § 4.°, págs. 64 65; *Storia del diritto privato romano*, Florencia, 1889, págs. 152 y sigs.) y Vadalá Papale (*Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nel organamento sociale*, Roma, 1898, págs. 30 y siguientes). Pero, por una parte, tales códigos antiguos no fueron otra cosa que una condensación de las costumbres, ya antes elaboradas por el pueblo, y por otra, la formación de estos Códigos no impedía que se siguieran formando costumbres, que tenían valor *al lado* de los Códigos y á veces *contra* las mismas prescripciones de éstos. Recuérdese, si no, lo que aconteció en Roma con el derecho honorario, cuya elaboración constituyó cabalmente uno de los grandes méritos de aquel pueblo.

Digitized by Google

cala que la vida del individuo, manantial perenne é inagotable de nuevas necesidades. La ley que regula la vida de este agregado no ha podido prever todas las posibles contingencias futuras del mismo, y por más que fuese muy adecuada al momento en que se promulgó, como no se está modificando continuamente, sino que permanece estacionaria, no bien ha concluído de formarse, cuando ya es insuficiente, estrecha, para comprender todos los hechos, que van cada vez en aumento, y para amoldarse á todas las modificaciones y transformaciones que se están siempre produciendo en la manera de apreciar aquéllos dentro de la colectividad. Es decir, que inmediatamente de publicarse la ley que ha de regular los actos de las personas comprendidas dentro de un círculo social (dentro de una nación, por ejemplo), comienza á producirse un desequilibrio, un vacío entre la ley misma y la vida, desequilibrio que no puede deshacer la primera y que por fuerza ha de deshacerse por otros medios, principalmente por la costumbre.

Mas aún: en caso de conflicto, real ó aparente, entre la costumbre y la ley, es la primera la que debe prevalecer, siempre que sea racional, por cuanto responde sin duda alguna mejor que aquélla á las exigencias populares, es decir, á las exigencias del sujeto para quien se da la regla jurídica. «La costumbre, como fuente jurídica, dice Cogliolo, es, sin duda, la fuente más natural y más legítima: expresa la voluntad espontánea del pueblo, es el eco no alterado de la vida, y por lo mismo satisface verdaderas necesidades sociales y no deseos injustos de partido ó caprichosas lucubraciones de filósofos» (1). «La historia demuestra, con la muda elocuencia de los hechos, que el entendimiento de los sabios es conductor menos fiable y seguro que la experiencia de los siglos. Las Constituciones de Platon y de Locke, dechado de perfecciones, pura emanación de la equidad natural, bellas, simétricas, exentas de imperfecciones y deficiencias, valían menos que las

(1) *Filosofía del diritto privato*, págs. 47-48.

Digitized by Google

constituciones consuetudinarias, internas, á que pretendían sustituir, labradas por la acción inconsciente del espíritu colectivo y consolidadas por la tradición. El pueblo sabe más derecho que sus jurisconsultos. *El mejor legislador en toda sociedad es la sociedad misma, sea ésta una nación ó una familia»* (1). Por eso es insensata la pretensión de los legisladores de impedir la derogación de las leyes por costumbre ó práctica en contrario (2), como lo es también la de quitar fuerza á las costumbres por medio de leyes caprichosamente hechas. En este punto, tenemos por excelente la doctrina que exponen los autores de la ponencia citada, los cuales, á su vez, resumen la del doctor Francisco Suárez. «La soberanía (tomada la palabra en su aplicación al orden civil) reside íntegra en el pueblo como un atributo esencial de su naturaleza: la potestad del legislador es una emanación de aquella soberanía, y subsiste y es legítima en cuanto se contrae á representar á la comunidad social: el legislador no puede dictar leyes contrarias al interés ó al sentir de la generalidad, de quien es meramente un órgano: sus leyes lo son en cuanto interpretan la convicción más ó menos declarada del pueblo, ó más claro, en cuanto éste se reconoce en ellas y las cumple: si el mayor número de los actos ejecutados en el seno de la sociedad se ajusta á ella, será ley viva, ley de derecho, y por ella deberá apreciar el juzgador las relaciones indeterminadas: si, por el contrario, se abstiene de cumplirla ó la desusa, ó introduce costumbre en contrario, es que el legislador se equivocó, y no tiene derecho para aprisionar en aquellos moldes que él ha fantaseado la actividad de una nación, de una familia ó de un individuo: debe reconocer su error, respetar como legítimo el nuevo estado de derecho y enmendar su ley ó sustituirla por otra. Los moldes de la vida son un producto natural, tan natural como la vida misma: los

(1) Costa, citado por el Sr. Puig Samper, en su conferencia *La pubilla*, publicada por la *Revista de Legislación*, t. 86, 1895, pág. 185.

(2) Como le sucede al legislador español (art. 5.° del Cod. civ.).

Digitized by Google

actos sustantivos en que ésta consiste y las formas jurídicas de esos actos se producen simultáneamente, por obra de una misma actividad y debajo de un mismo plan, sin lo cual no habría perfecta adaptación ni la consiguiente normalidad. Querer imponer pautas á la vida como desde fuera, por vía de inspiración y de precepto, es un contrasentido sin justificación en la filosofía y sin realidad en la historia... El prurito reglamentario de nuestro tiempo perturbaría del modo más profundo la vida, si no estuviese para reprimir ó contener sus efectos la costumbre contra ley: á ella, más que á las garantías externas de la constitución, tan febrilmente renovadas y modificadas, deben su regularidad el comercio, la industria, la religión, la ciencia, la familia, el municipio, las corporaciones, la sociedad entera» (Congreso Jurídico español. Ponencia sobre el tema tercero, firmada por los Sres. Oliver, Pantoja, Giner de los Ríos y Costa. Madrid, 1886, págs. 27-28) (1).

28. Ahora bien: ¿por qué razón los escritores á que hemos hecho referencia, esto es, los que pretenden inspirar sus teorías en los principios realistas y someter sus investigaciones al método histórico y positivo, no sacan también las conclusiones referidas en la esfera del derecho penal? ¿En qué pueden fundarse para establecer en detrimento de éste una excepción, sino en el prejuicio de que más atrás hemos hablado repetidamente? ¿Acaso el derecho penal no se origina y desarrolla en la vida merced á influjos análogos y por un procedimiento idéntico á aquel por el cual se originan y desarrollan las demás relaciones jurídicas? Puede, hasta cierto punto, disculparse la excepción en aquellos autores para quienes el derecho penal se elabora «sintéticamente», al revés que el derecho ci-

(1) La ley de Partida (ley 6.ª, tít. II, Partida 1.ª) concede á la costumbre el poder de «tirar las leyes antiguas que fueron fechas antes de ella». Y Gregorio López, glosando esta ley dice, que la costumbre suple á la ley, «es el intérprete de las leyes y *corrige el derecho anterior*» (*La Glosa que Gregorio López escribió al Código de las Partidas, vertida al castellano por Diego Ordová*, Madrid, 1878, t. I de la «Biblioteca Manual de Derecho», pág. 94).

Digitized by Google

vil, que se elabora «analíticamente»; ó sea para aquellos que estiman que este último se va originando, desarrollando, progresando y modificando al compás de las necesidades de la vida, esto es, respondiendo á las exigencias de la justicia *relativa*, mientras que el primero se origina, desarrolla y progresa independientemente de éstas, respondiendo tan sólo á dictados de razón y justicia *absoluta;* mas aquellos que juzgan que todo el derecho, sin exceptuar ninguna de sus manifestaciones ó ramas, es un producto social, que, al igual de todos los otros productos sociales, surge y va transformándose al impulso de causas puramente naturales, no tienen, á nuestro entender, fundamento alguno para desconocer que la costumbre envuelve, en el derecho penal como en las demás esferas jurídicas, fuerza obligatoria (1).

A más de esto, si puede decirse que los legisladores, en su engreimiento, y los tratadistas que les secundan y apoyan proceden con lógica al negar á la costumbre valor de derecho obligatorio (costumbre contra ley) en *todas* las esferas, no es posible decir lo mismo cuando le reconocen fuerza de derecho su-

(1) Sólo puede explicarse el hecho de que los autores novísimos no den á la costumbre la importancia que de derecho le corresponde, por la inercia intelectual y el peso de la tradición, que obligan á recibir como buenas las doctrinas de los pensadores que nos han precedido, aun cuando no respondan ya á las nuevas exigencias ni sean congruentes con todas las otras concepciones actuales.

Ahora, no sólo la doctrina de la costumbre en general ha progresado muy poco y sigue siendo, con escasas diferencias, la misma que era en los escritores antiguos, sino que en la materia penal se halla esta doctrina casi totalmente abandonada; así es que la reacción que, como hemos dicho (§ 15), se ha comenzado á producir en punto al valor de las fuentes del derecho, no alcanza á este terreno, donde, por tanto, se considera que es principio indiscutible el de que no puede invocarse el derecho consuetudinario. Los mismos escritores que más avanzan y que invocan con más energía la necesidad de rodear de gran fuerza tanto á las costumbres de derecho supletorio como á las de derecho obligatorio, se preocupan indudablemente muy poco de la materia penal y tienen siempre ante las mientes sólo ó casi sólo las relaciones civiles. (V. la citada ponencia.)

Digitized by Google

pletorio (costumbre fuera de ley) en *todos* las órdenes, negándosela *tan sólo* en el penal. Verdaderamente, aquí no es dado encontrar otra alguna razón de la diferencia, sino la de que la materia penal se estima ser *odiosa*, mientras que con las demás no sucede esto. Ahora, lo particular es que, en esta concepción, mientras se permite al pueblo, ó á cada parte del mismo, declarar, en la mayoría de los casos, por medio de la costumbre, lo que entiende en cada momento por justo, ó al menos compartir esta declaración con el poder público legislativo, se le niega dicha facultad, sin motivo alguno, en un solo caso y se le obliga á tener por cierto, de bueno ó de mal grado, lo que como tal le plazca declarar al legislador, y á modificar este concepto cuando y en la medida que el legislador lo modifique.

29. Si se prescinde del prejuicio de considerar á la pena como un mal y se la estima como uno de los medios de derecho, no parece haber dificultad alguna en dar á la costumbre el valor de fuente jurídica en materia penal y en hacer aplicación á las relaciones de este orden de los cánones y principios relativos á las fuentes del derecho en general. Más todavía: en el supuesto de que la función penal vaya cambiándose más cada vez de represiva en *preventiva* (1), es forzoso ampliar las facultades de los jueces y tribunales, y no sólo consentirles, sino hasta obligarles, á buscar toda clase de medios para mejor desempeñar su misión, no debiendo contentarse con los que la ley les ofrezca.

Así las cosas, sólo parece presentarse una dificultad para poder dar á la costumbre el valor de fuente de derecho, dificultad que no es exclusiva de la materia penal, sino que se extiende á toda clase de relaciones jurídicas, y consiste en la incertidumbre que le es propia y que forma, por decirlo así, un vicio inherente á su naturaleza. «Si la costumbre—dice Cogliolo—tuviera la precisión de una ley, podría continuar subsistiendo aún, en una sociedad civilizada», lo mismo que

(1) Según hemos indicado en el *Estudio crítico* citado.

Digitized by Google

existió como fuente jurídica en las sociedades antiguas y medioevales; «pero justamente la precisión es lo que hace que la ley sea superior á la costumbre: en un Estado grande los usos serían tan desejantes, tan inciertos y tan difíciles de conocer de una manera exacta, que las relaciones de la vida habrían de experimentar perjuicio por esta incertidumbre é indeterminación» (1).

Ahora, tocante á este extremo, debe observarse lo siguiente. En primer término, la gran variedad, la desemejanza de los usos, es precisamente una razón de gran peso para que en la administración de justicia se tenga en cuenta la costumbre. Si dicha administración ha de ser justa, equitativa, es necesario que se pliegue á las condiciones y exigencias de la realidad, las cuales son muy diferentes según los tiempos, los lugares, la situación especial de los sujetos, etc.; no que se obstine en aplicar en todos los casos y siempre de igual manera un mismo precepto legislativo. Lo justo no es lo inflexible, lo absolutamente igual, lo rígido: no es un molde duro en que encajen de grado ó por fuerza *todas* las situaciones, por variadas y diversas que sean, sino que es, por el contrario, lo adecuado, lo conveniente, lo adaptable á *cada* situación particular y en vista de las especiales circunstancias de que la misma se halle rodeada.

---

(1) Ob. cit., pág, 49.—Esta observación la hacen también muchos otros escritores, aplicándola, no ya tan sólo á los órdenes civil y penal, sino al político, administrativo, etc. Cabalmente, en la sustitución del derecho político escrito, legal, definido, al derecho político consuetudinario, ven algunos un gran progreso, y estiman que esta sustitución constituye una ventaja de la democracia de la América colonial sobre las democracias de los tiempos pasados, que revestían una forma flotante, como entregada á la suerte de los hechos, y sobre la misma democracia inglesa, regida por normas consuetudinarias. (V. *Le principe de représentation en Amérique*, por Francis Newton Thorpo, profesor en la Universidad de Pensilvania, en la *Revue du droit public et de la science politique*, año primero, 1894, núm. 4, Julio-Agosto.)—Ya veremos más adelante hasta qué punto es exacto que la fijación del derecho en fórmulas concretas y precisas represente un progreso y una ventaja con relación al derecho vago, indefinido y variable de la costumbre.

Digitized by Google

Hace ya mucho tiempo que se viene repitiendo como incontestable el aforismo *summum jus summa injuria.*

¿No es una de las exigencias más claramente sentidas por la ciencia penal contemporánea, lo propio de la escuela antropológica que de la llamada clásica, en sus varios matices, la de *individualizar* la pena? Pues ¿cómo será posible conseguir este resultado subsistiendo el prejuicio de que los jueces no pueden en materia de administración de justicia criminal salirse del texto terminante de la ley, y que están obligados á aplicar ésta con perfecta igualdad á todos los ciudadanos?

Hoy sobre todo, que lo que empieza á preocupar principalmente, y con razón, á los penalistas, y pronto preocupará á los legisladores y á los tribunales, es el conocimiento de las *causas* que hayan podido originar el delito, para removerlas, atenuarlas ó precaverse contra la repetición de hechos análogos, producidos por las mismas, es, á nuestro entender, extraño y casi inexplicable cómo los escritores no se fijan en lo contradictorio de su conducta, pidiendo, por un lado, que los juzgadores tomen en cuenta, más que el delito abstracto definido en el código, el delito real, es decir, el delincuente y los factores, internos y externos, que lo han convertido en tal delincuente, é imposibilitando, por otro, á dichos juzgadores para que hagan lo que se les exige, supuesto que se considera muy acertado el que no tengan otro medio para el desempeño de su misión que el Código penal. ¡Cómo si, por mucha penetración que tengan, hubiera posibilidad de que encontraran entre el articulado de la ley lo que buscan, es á saber, las *causas* de tal determinado delito!

¿No es bien sabido que la delincuencia cambia según los países, las regiones, la clase social á que el individuo pertenezca, la condición económica en que se halla, los hábitos que tenga, la fuerza de la opinión pública, en suma, según el medio social en que el sujeto viva? ¿Puede ser la misma la delincuencia, por ejemplo, en un caso de injuria cuando el injuriante y el injuriado pertenecen á un medio social (pue-

Digitized by Google

blo, clase, etc.) en que la opinión censura duramente esta clase de hechos, que cuando pertenecen á otro medio social en que la injuria es frecuente y, por decirlo así, tolerada? ¿Es igualmente grave, igualmente alarmante para la sociedad en que el delincuente vive, igualmente peligroso, igualmente delictuoso, por tanto, el hurto campestre en todas partes de la nación española, como da por supuesto el Código penal, castigándolo siempre de la misma manera? Lo propio cabe decir de los demás delitos que la ley comprende.

Por otra parte, en toda sociedad hay siempre un cierto número de hechos que la conciencia social toda ó la conciencia colectiva de un grupo determinado de hombres (clase, profesión, etc.) reprueba, pero que por no estar comprendidos en la ley penal no pueden castigarse. La costumbre, pues, los condena, la ley no; ¿cuál de ellas debe prevalecer?—Esto ocurre muy frecuentemente cuando en una nación se halla vigente un Código formado bastantes años atrás (1).

Por todo lo cual nos parece indiscutible la necesidad de que los tribunales conozcan el ambiente en que se ha cometido el delito y en que vive su autor, como uno de los elementos indispensables para la determinación de la delictuosidad del acto, ó mejor, del daño que con el mismo se haya producido (para fijar la reparación) y del peligro que para lo futuro ofrezca el agente (para fijar la especie ó cualidad de la pena que debe aplicársele). Ahora, semejante conocimiento es absolutamente imposible si se prescinde de las costumbres, que son la expresión más exacta, y hasta podría decirse la única, de dicho ambiente.

La aplicación racional de la pena no puede hacerse, según

(1) Verbigracia, en España, donde *legalmente* estamos hoy en materia penal á la altura de la sociedad de 1870, y bien podríamos decir, de la de 1848. Los tribunales del orden penal no pueden tomar en consideración los cambios que *realmente* hayan ocurrido en el largo período de tiempo que va desde la publicación del último Código hasta hoy. ¿No es el caso de decir que la ley es la mayor rémora para la administración de justicia?

Digitized by Google

se acaba de indicar, sino dando una gran importancia á la costumbre como fuente de derecho. En efecto, si aquélla, la pena, debe ser *uno* de los medios de que el poder social haga uso para *prevenir* la comisión de nuevos delitos, no es posible que la ley diga de antemano cuál es la especie de pena que conviene aplicar, para conseguir aquel resultado, á cada delincuente, ni por el tiempo que ha de aplicársele, sino que esto será atribución de los tribunales, quienes determinarán dicha pena en vista de las condiciones individuales del sujeto y del medio social en que se ha movido (1), teniendo en cuenta las experiencias que ellos directamente ú otros tribunales (del mismo ó de distinto orden) ú otras personas hayan recogido y hecho en casos más ó menos semejantes.

30. La falta de precisión de la costumbre, condición inherente á la flexibilidad que es característica en ella, no creemos nosotros que la coloque, con respecto á la ley, en la situación de inferioridad de que habla Cogliolo, y mucho menos en materias penales, en el caso de que se considere la administración de justicia en este orden como una cosa buena, y como consecuencia, se amplíe cada vez más y más el arbitrio de los tribunales en la forma que dejamos expuesta (cap. I). Porque, claro está, cuando los jueces puedan y deban acudir á la costumbre para dictar sus fallos *con más justicia* que si se atuvieran estricta y exclusivamente á la ley, el peligro que la incertidumbre podría traer consigo (á saber, el abuso) desaparecerá, por cuanto no habrá temor alguno de que se escuden en aqué-

(1) Por ejemplo, hay delincuentes sobre los cuales ejerce gran influjo un determinado ambiente social, por los prejuicios que en él corren, por los viciosos hábitos (juego, alcoholismo, ocio, etc.) de los individuos pertenecientes al mismo, ó por otra causa análoga (lo cual da lugar á la criminalidad endémica y epidémica). Para éstos puede muchas veces bastar como pena el segregarlos de referido ambiente y colocarlos en otro mejor; mas fácil es advertir que, dado el actual sistema de prohibir el empleo de otros medios penales que los que la ley señala, en la forma y con la duración que la ley fija previamente, es imposible salirse un punto del círculo trazado por la misma.

Digitized by Google

lla para causar un mal al ciudadano, y de que puedan, por consiguiente, decir que imponen un *castigo* requerido por la sociedad, aunque no autorizado por la ley. La determinación de si en el caso concreto de que se trate es ó no aplicable alguna costumbre (local, regional ó general, de clase, de profesión, etc.) corresponderá al juez, sin que en ello pueda tomar intervención activa, para impugnarla ó defenderla, ninguna de las que se llaman partes interesadas (delincuente ó víctima), á no ser que el juzgador para ilustrarse estime conveniente pedirles su opinión. Distinguiendo en la administración de justicia penal los dos momentos que, á nuestro juicio, hay que distinguir, ó sea la reparación del daño y la imposición de la pena (1), resulta que la controversia entre partes no puede existir más que sobre el primer punto (extensión ó cuantía de la reparación), que es el único que interesa á la parte perjudicada y sobre el que ésta puede reclamar, mas no sobre el segundo, el cual, como de interés de toda la sociedad y no de persona determinada, debe quedar cometido por entero al tribunal en cuanto órgano de aquélla (2). La apreciación, pues, de la costumbre como fuente ó no de derecho penal debe ser asunto propio y exclusivo de los tribunales (3). De esta manera se da de mano á la cuestión relativa al tiempo y al número de actos que debe ser necesario para inducir costumbre: no puede haber sobre esto

(1) Véase el citado *Estudio crítico*. V. también más adelante.

(2) De aquí que, á nuestro juicio, en la administración de justicia criminal, la calificación del delito, la investigación de sus causas y la determinación de la correspondiente pena no puede ser materia de controversia entre partes, como hoy sucede.

(3) Los firmantes de la citada ponencia presentaron al Congreso, entre otras, esta conclusión: «La costumbre invocada por los litigantes, no se debe probar exclusivamente por ellos mismos, sino que el juzgador ante quien se invocare ha de inquirirla de oficio, abriendo al efecto una información, para mejor proveer dentro del juicio.» Ahora, si no tuviéramos en este mismo trabajo de ilustres jurisconsultos otras pruebas de que la vista de sus autores se halla preferentemente fija en la costumbre como fuente de derecho en materia civil, descuidándola como tal fuente en materia penal, bastaría esta sola

Digitized by Google

regla fija; es preciso cometerlo al prudente arbitrio del juez (1).

31. El reparo de falta de precisión, que se pone á la costumbre como fuente de derecho (2), proviene, sin duda, en mucha parte, de la preocupación igualitaria abstracta que los filósofos del siglo pasado trajeron consigo, en reacción justa

---

para confirmárnoslo. En efecto, en la conclusión que acabamos de citar se habla únicamente de *litigantes*, palabra que suele referirse casi siempre á las partes en pleitos *civiles*, en litigios; pero por si pudiera quedar alguna duda, las siguientes palabras del párrafo en que se razona dicha conclusión vienen á disiparla. «En el silogismo que lleva envuelto toda sentencia, la menor, el hecho litigioso, incumbe exclusivamente á los litigantes: ellos plantean el problema jurídico, desenvuelven y dilucidan sus términos; pero la mayor, el criterio del juicio, la regla jurídica, es de la privativa jurisdicción del poder público: llámese costumbre, ley, reglamento ó doctrina de jurisprudencia, eso es lo que el Estado pone en los autos antes de pronunciar el fallo y para pronunciarlo. Así, pues, siempre que un juez ó tribunal sea llamado á intervenir por cualquier título en un acto *privado*, y por alguno de los interesados se haga valer la existencia de una costumbre que más ó menos directamente pueda afectarle, dicho juez ó tribunal deberá proceder á una información en que se depure la certeza de tal costumbre, á fin de aplicarla en lugar de la ley supletoria ó de la costumbre anterior desusadas, si resultare adaptable al caso.» (Ponencia cit., págs. 29 30.)—Mas el hecho de que los firmantes del luminoso escrito predicho se refieran tan sólo á los asuntos civiles y no á los penales, no es un obstáculo para nuestro razonamiento, antes bien, lo que ellos dicen es aplicable á estos últimos con mayor razón aún que á los primeros; porque, si la prueba de la costumbre incumbe al juez ó tribunal aun en aquellos asuntos en que intervienen partes interesadas y en que existe controversia, mucho más debe incumbirles en aquellos otros en que no es posible que haya partes contendientes, ni, por tanto, quien aduzca y pruebe la existencia de la costumbre.

(1) Así opinaron ya respecto del asunto los mejores autores: Bártolo, Suárez, Gregorio López, Savigny y otros. (V. Costa, ob. cit., págs. 187 y siguientes, 167 y sigs.; V. también Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho*, pág. 184; Ahrens, *Enciclopedia jurídica*, trad. esp., tomo I, Madrid, 1878, pág. 115, etc.)

(2) También Ahrens hace esta objeción contra la exagerada importancia que la escuela histórica ha dado á la costumbre como fuente jurídica (ob. cit., I, pág. 116).

Digitized by Google

provocada por el régimen anterior de privilegio. Se proclamó el principio de la igualdad absoluta de todos los hombres, y se pretendió hacer tabla rasa de las diferencias existentes entre éstos. Y claro está, como la costumbre recoge todas las desigualdades que en la realidad se dan, hubo de ser necesariamente proscrita. Para regular las acciones de los miembros de una comunidad política, no puede haber otra norma más que la ley, porque sólo ésta puede aplicarse á *todos* y *de la misma manera*.

Los resultados de semejante concepción fueron contraproducentes y muy perjudiciales. En primer lugar, aunque los Códigos escribieron en su articulado la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, esto no pasó de ser una mera declaración de principio, sin realidad alguna en la vida. Y es natural: el régimen antiguo se apoyaba en la desigualdad y el privilegio, y como las condiciones de un estado social determinado no pueden cambiarse de la noche á la mañana, ni por la voluntad de un legislador, así sea el más enérgico y poderoso, resultó que las leyes decían que todos los ciudadanos eran *iguales*, pero en realidad continuaban siendo tan *desiguales*, por lo menos, como antes. De aquí han procedido las grandes desilusiones y las desconfianzas en las que se llamaron conquistas de la revolución, el escepticismo y la falta de fe en las promesas de ésta y las dudas de que sea ella quien pueda dar el remedio á los presentes males.—En segundo lugar, no sólo no han cambiado de *hecho*, al conjuro de la pregonada igualdad, las condiciones sociales apoyadas en el privilegio, sino que lo sucedido es que, so pretexto de igualdad, han venido á ser borradas ciertas diferencias reales entre los individuos, diferencias que no han debido desaparecer nunca. En el orden de los fenómenos sociales, exactamente lo mismo que en todos los restantes órdenes de la naturaleza, el movimiento sigue siempre la dirección de la mínima resistencia, ó dicho con una frase vulgar, *la cuerda se rompe siempre por la parte más débil*. Ahora, proclamado el principio de la igualdad ante la ley,

Digitized by Google

ante la penal como ante todas las otras (1), el resultado ha sido la aplicación de dicho principio en su parte perjudicial, pero no en su parte sana, ó sea, no la aplicación de la ley penal á *todos* los ciudadanos, sino la aplicación *completamente igual* de la misma á todos aquellos á quienes alcanzan sus rigores. De aquí la prescisión completa que en la época de los Códigos—hija legítima de la revolución igualitaria—han hecho y vienen haciendo los tribunales de las condiciones particulares que rodeen al individuo delincuente, de la especialísima situación en que éste se halle, y de aquí, por consecuencia, el obligado abandono de la costumbre como fuente de derecho penal.

Ahora, si la concepción y tendencia referidas van de vencida en la ciencia, si es general el considerarlas como incompatibles con las ideas modernas, las cuales, por muy distintos caminos, van exigiendo el que se tenga en cuenta la *variable* y *diversa realidad*, forzosamente se impone la aceptación de lo que de todo esto dimana, á saber, la aceptación de la costumbre como fuente jurídica en materia penal.

32. Por lo demás, es indudable que en la administración de justicia criminal, aun hoy que la ley pretende ser ella la única guía de los tribunales, éstos se apoyan con frecuencia en

---

(1) Principio no enteramente exacto, ni aun desde el punto de vista puramente *legal*, pues sabido es que en España, v. gr., hay personas á quienes no alcanzan las leyes penales, es decir, que se hallan *sobre* las leyes ó *fuera* de las leyes, ó á quienes no se aplican éstas de la misma manera que á la generalidad de los ciudadanos. Recuérdese tan sólo la inviolabilidad é irresponsabilidad del monarca (art. 48 de la Constitución de 1876), la de los soberanos, príncipes y representantes de otros Estados (art. 334 de la ley orgánica del Poder judicial de 1870), la inmunidad de los representantes del Parlamento (art. 47 de la Constitución), que viene á convertirse en verdadera irresponsabilidad (V. Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, págs. 187 y sig., y un discurso de D. Francisco Silvela sobre *La inmunidad parlamentaria* en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1890), los privilegios concedidos á ciertas personas de ser juzgadas por otros tribunales que los ordinarios (artículos 281 y 284 de la ley orgánica del Poder judicial, etc., etc.)

Digitized by Google

la costumbre para dictar sus fallos. Véase, si no, lo que ocurre con el Jurado. Este tribunal condena ó absuelve, aprecia circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes, juzga, en suma, en la mayoría de los casos, no ya conforme al espíritu de la ley, sino conforme á sus convicciones, que es tanto como decir conforme á las influencias que obran sobre su espíritu, conforme, por tanto, á sus intereses, verdaderos ó aparentes, conforme á su ocupación, conforme á la repugnancia que producen en el lugar de su residencia, en la clase á que pertenece, en la comunión religiosa de que es miembro, los actos realizados por el procesado. Por eso, v. gr., mientras unos jurados condenan con sumo rigor á los autores de delitos contra la propiedad, otros son más benignos; mientras á unos les producen gran temor los atentados contra la propiedad inmueble, otros se sienten más alarmados ante los atentados contra la propiedad industrial, ó mercantil, ó bancaria; mientras unos condenan duramente á los autores de falsificaciones, de delitos contra la Constitución, contra la religión, etc., á otros les sucede lo contrario.

Según hemos indicado en otra ocasión (1), una de las principales razones para la introducción y subsistencia del Jurado es (aun cuando los escritores no suelen invocarla, sino que pretenden fundar tal institución en motivos políticos, en la libertad del ciudadano, en el ejercicio de la soberanía popular en orden á la administración de justicia, ó en la separación del hecho y el derecho) que por este medio penetran en la administración de justicia las nuevas corrientes sociales, que de otra manera carecerían de valor. El Jurado es así un medio de colmar el vacío, ó mejor, de deshacer el divorcio que puede existir, y á menudo existe, entre la justicia legal, seca, abstracta y formulista, que administran los funcionarios puestos por el poder público, y que se convierten en instrumen-

(1) *Ancora della legge di Lynch*, en la revista *La Scuola positiva*, de Roma, año III, 1896, pág. 687.

Digitized by Google

tos y servidores suyos, los funcionarios que piensan y obran como si la ley fuera la única y absoluta expresión del derecho y ellos los exclusivos órganos y dispensadores de los bienes que éste proporciona, y la justicia real, flexible, progresiva, continuamente variable según las circunstancias de lugar, tiempo, persona, etc., y según vayan cambiando y modificándose las condiciones de la sociedad de que se trate (1).

33. Por lo expuesto, resulta, á nuestro modo de ver, evidente lo equivocados que han andado los autores al exigir á la costumbre lo que llamaban «requisitos para su validez», y principalmente el consentimiento del legislador (2). Claro está que considerado éste como el único dispensador del derecho, como el órgano y depositario exclusivo del mismo, sólo él era quien podía formarlo y declararlo, y todo lo más que podía suceder

---

(1) Con esto, ni combatimos ni defendemos la institución del Jurado; no hacemos otra cosa que indicar cuál es, á nuestro juicio, una de las razones, quizá la fundamental, de que exista actualmente. El Jurado es, sin duda, hoy una brecha que la presión de las nuevas ideas y concepciones ha abierto en la fuerte é impenetrable envoltura de la ley penal, á fin de que puedan llegar hasta ésta y hasta los órganos encargados de aplicarla las exigencias que aparecen en la sociedad, desconocidas antes, y los cambios que experimentan las exigencias anteriores. Es muy cierto que el Jurado, especialmente en la forma que existe hoy en la mayoría de los países, responde muy imperfectamente á esta misión; probablemente habrá de desaparecer cuando la administración de justicia penal se vaya perfeccionando, y sobre todo cuando el arbitrio judicial adquiera mayor amplitud; pero la verdad es que si ahora puede tener alguna justificación es en cuanto por su medio se corrige en cierta medida el absurdo rigor del principio, según el cual lo justo en materias penales no es lo que como tal considera la sociedad por conducto de sus varios órganos, sino lo que declare de una vez para todos los casos posibles el poder público.

(2) El Sr. Costa, en el notable trabajo citado, *Requisitos de la costumbre según los autores*, explica muy bien el proceso que se ha seguido para venir á considerar como cosa, puede decirse indiscutible, que la costumbre no es válida si no la consiente el legislador, si no tiene cierta antigüedad, si los agentes de la misma no son múltiples, si los actos no son racionales, verdaderos, libres, públicos, uniformes, continuos, etc.

Digitized by Google

es que los distintos elementos del pueblo, cuyo gobierno le estaba confiado, se atreviesen á realizar de propia iniciativa ciertos actos con su aquiescencia. Pero después de la escuela histórica y de los trabajos filosófico-jurídicos, etnográficos, arqueológicos, sociológicos, que se han hecho últimamente, es de todo punto imposible seguir profesando este error. El sujeto de las relaciones jurídicas, el creador, ó si esto pareciera demasiado, el determinador y declarador de las mismas y de la regla á que deben acomodarse, es siempre el todo social, el organismo colectivo, mediante todos y cada uno de sus miembros, los cuales le sirven en lo tanto de órganos. No hay más derecho que lo que el organismo social va poco á poco estableciendo para atender á su propia vida, á su propia conservación, perfeccionamiento y utilidad, esto es, para cumplir sus propios fines, para dar satisfacción á sus propias necesidades. Según éstas van apareciendo, va dicho organismo buscando y adoptando los medios convenientes, ó los que le parecen tales, para satisfacerlas, y al conjunto de estos medios en relación con los fines, en cuanto ligados estrechamente con éstos, en cuanto necesitados y exigidos, y en cuanto, por ser necesarios y exigidos, son obligatorios y está mandado su empleo, con la coacción simplemente moral de la propia conciencia ó de la opinión pública, ó con la coacción material del poder y de la fuerza, es á lo que llamamos *derecho*. ¿Cuál es, por tanto, la fuente de éste? Sólo una, la sociedad. Ahora bien: la sociedad es una entidad sumamente complicada, cuyos elementos son múltiples y en cuyo seno, por lo mismo, se producen muy variadas necesidades. Para atender á la satisfacción de éstas, se sirve de todos sus miembros, según la ocasión y las circunstancias, unas veces de los más humildes, otras veces de los más importantes; unas veces de los magistrados puestos por ella como órganos específicos para el desempeño de tal función, es decir, de lo que se llama los poderes públicos, otras veces de una clase social entera, de una localidad, de una corporación, de una persona social, de varios individuos, de un

Digitized by Google

individuo. El verdadero legislador es, pues, la entidad social entera, y lo que con aquel nombre se designa no pasa de ser un órgano de ésta. De donde resulta claro, á nuestro entender, que es el legislador quien debe hallarse subordinado á la sociedad para quien legisla, no la sociedad al legislador, y por consiguiente, que lejos de necesitar la regla jurídica creada por aquélla (esto es, la costumbre) del consentimiento del legislador para ser válida, es la regla jurídica creada por este último (es decir, la ley) la que necesita, para tener fuerza, del consentimiento tácito de la sociedad, ó sea del pueblo. La ley, sin el apoyo moral del pueblo, no es ley (1), es tan sólo una arbitrariedad, mientras que la costumbre, aun no consentida por el legislador, es y será siempre regla obligatoria y justa de derecho.

Esto, que vale para toda clase de relaciones, vale igualmente para las del orden penal, que es, como queda dicho, donde la costumbre se halla enteramente proscrita (hasta donde es posible). De cualquier manera que se mire el asunto, ora se considere la pena como un mal, ora como un bien, es forzoso admitir la costumbre como fuente de derecho: en el primer caso, porque de otra suerte los ciudadanos quedan sometidos al arbitrio omnímodo del legislador, sin recurso de ningún género contra el mismo, siendo así que la exclusión de la costumbre lleva consigo la de la jurisprudencia, la equidad, etc.; en el segundo caso, porque, según hemos manifestado, la razón exige que se dé al juez toda clase de facilidades para hacer el mayor bien posible. Sólo en un caso puede admitirse racional-

(1) Aun en tiempos de régimen absoluto, se decía de estas leyes que «se obedecen, pero no se cumplen». La gran misión de los pretores romanos consistió precisamente en ir introduciendo en el derecho estricto (mediante las ficciones, presunciones, etc.), las exigencias populares, es decir, en ir cambiando la base que servía de apoyo á las leyes. Los pretores respetaban el texto de éstas, pero las barrenaban realmente, haciendo que la fórmula quiescente de las mismas se moviera al compás de la realidad y se fuera acomodando y plegando á las mutaciones de esta última.

Digitized by Google

mente la proscripción de la costumbre como fuente del derecho penal: en el caso de que se suponga con Hobbes que el legislador es impecable, que *únicamente* él puede tener conocimiento de lo justo, que este conocimiento es *infalible*, que *sólo* por conducto del legislador puede descender la justicia á la tierra y que dicho legislador se halla *siempre* animado de los mejores y más excelentes deseos para que tal descendimiento se realice. Mas nos parece difícil que en el día de hoy haya nadie que admita la realidad de esta hipótesis.

34. Sin gran dificultad podrá el lector adivinar nuestra opinión tocante á las otras fuentes del derecho en cuanto se refiere á la materia de nuestro estudio. Todos los medios de que la sociedad pueda echar mano para atender á la satisfacción de sus necesidades, al cumplimiento de sus fines, son otros tantos manantiales de relaciones jurídicas, otras tantas fuentes de derecho, ó sea otros tantos instrumentos de que la sociedad se sirve para concretar, para poner en acto, para dar vida á las exigencias, á las aspiraciones más ó menos manifiestas ó latentes de dicha sociedad. Cada movimiento social es una fuente jurídica, porque engendra una necesidad y procura allegar los medios para satisfacerla; pero hay agentes cuya misión especial es ésta, es decir, cuya misión especial es la de ir procurando los medios más á propósito para atender á las exigencias sociales, aplicarlos, contribuir después á la creación de necesidades nuevas y de nuevos medios con que atender á las mismas, despertar y provocar otras, no bien satisfechas éstas, y así sucesivamente. O lo que es igual, hay agentes sociales, órganos sociales que no tienen más oficio (predominantemente, se entiende, pues nadie ni nada en el mundo desempeña una sola y exclusiva función) que estar constantemente produciendo y originando relaciones jurídicas y normas para su regulación y gobierno. Tal sucede con los tribunales y los jurisconsultos. La misión de unos y otros, en la formación y elaboración del derecho, es tan importante, que nos parece de todo punto imposible prescindir de ella, y no es poco de asom-

Digitized by Google

brar cómo se ha querido dejar á un lado la cooperación de los mismos, hasta el extremo de negarles ó desconocer el valor de sus decisiones y opiniones como fuente de derecho; cosa que ha acontecido durante algún tiempo con respecto á todas las esferas jurídicas, y que ocurre aun hoy en la esfera del derecho penal, colocada actualmente, como se ha dicho, en situación desventajosa con relación á las otras. Intentaremos poner de relieve la sinrazón de semejante hecho.

35. La jurisprudencia de los tribunales está desconocida como fuente de derecho en materia penal. En España se admite el recurso de casación por infracción de *doctrina legal* en negocios civiles, no así en causas criminales. Ahora, prescindiendo de que la solución ésta es probablemente la menos mala, aunque no por las razones que para adoptarla se han tenido (1),

(1) Es la menos mala por dos principales razones: 1.ª, porque siendo un verdadero absurdo el recurso de casación, cuanto menos amplitud se dé al mismo, tanto mejor; y que es un absurdo, se comprende, con sólo considerar que supone la existencia de un tribunal ó juzgador infalible, de un único tribunal que sabe y puede interpretar las leyes; y 2.ª, porque la frase «doctrina legal» es susceptible de los más varios sentidos, y no se puede saber á punto fijo qué es lo que por ella debe entenderse, ni, por consecuencia, cuándo se la infringe. Por doctrina legal se ha entendido algunas veces la jurisprudencia formada por las Audiencias, y otras veces la jurisprudencia formada por el Tribunal Supremo; sentido este último que es el que hoy prevalece. (Véase sobre el particular el discurso de D. José María Planas y Casals, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 9 de Enero, 1895, titulado *La Jurisprudencia en sus relaciones con la legislación civil*. El señor Sala Bonañ ha dado un resumen de este discurso en la *Revista de derecho y de sociología*, t. I, 1895, págs. 267-71.) Pero aun suponiendo que sepamos cuál es el tribunal ó tribunales cuyas decisiones forman la *doctrina legal*, no por eso podemos tener certeza de lo en que ésta consiste, pues tales decisiones son muchas veces diferentes, y aun opuestas, tratándose de una misma ley, contradictorias, deficientes para poder servir de norma fija. (El Sr. Costa ha hecho una verdadera disección de todos los absurdos que envuelve el recurso de casación, tanto por infracción de ley como de doctrina legal, y ha puesto bien en claro la imperiosa necesidad de suprimirlo. Véase su notable y concienzuda ponencia al Congreso Jurídico de Barcelona, de 1888, publicada como apéndice en su reciente libro *Reorganización del Notariado, del Registro*

Digitized by Google

el desconocimiento de que se hace mención no puede en manera alguna justificarse en un sistema racional de penalidad. Pues, si es exacto lo que dejamos dicho, ó sea que la fuente primera de todo derecho es la sociedad misma, y que la ley en tanto lo es, en cuanto responde fielmente á las exigencias sociales, ¿cómo será posible privar á los tribunales de su función esencial y característica, que es la de estudiar y reconocer estas exigencias al intento de acomodar á ellas la ley? Y si ésta debe irse modificando conforme lo requieran las nuevas necesidades de la sociedad, ¿qué conducto mejor para ir haciendo saber á los legisladores cuáles son estas necesidades que las observaciones y resoluciones de aquellos miembros que, por razón de su oficio, tienen que estar en contacto con ellas? Ni sirve decir que para que el legislador adquiera dicho conocimiento bastan las informaciones y memorias que los mismos tribunales y los funcionarios del Ministerio público hagan llegar hasta sus correspondientes superiores, porque, sobre que de estas memorias no suele hacerse gran caso para la reforma de las leyes, en la confección de tales documentos, hecha tardíamente, no se puede tener en cuenta un elemento indispensable, que es la impresión, la emoción, la intranquilidad, el desasosiego, la repulsión que causa una ley injusta ó que tiene que aplicarse injustamente en el momento en que la aplicación tiene que hacerse, impresión que suele ya haber desaparecido en el ánimo del funcionario judicial ó fiscal cuando éste escribe la memoria dos ó tres meses ó un año después de ocurrido el hecho en que se ha aplicado la ley injusta-

---

de la propiedad y de la administración de justicia, Madrid, 1890-98.) Pero las razones que el legislador ha tenido en cuenta para establecer la diferencia de que se habla en el texto entre negocios civiles y criminales, no son las de que se acaba de hablar, sino el considerar, como siempre, que la administración de justicia penal es cosa mala y odiosa, y por tanto, que no puede concederse á los jueces encargados de administrarla tanta latitud como á los del orden civil, porque no es posible consentirles que hagan más mal al ciudadano que lo que estrictamente permiten las leyes.

Digitized by Google

mente. Esto no puede ocurrir cuando el magistrado tenga facultades para enmendar, modificar, dulcificar ó aumentar el rigor de la ley en el momento en que, para decirlo con una frase vulgar, se halla *con las manos sobre la masa*. Y facilmente se concibe que cuando, en fuerza de sentencias y decisiones judiciales, los jueces hubieran derogado ó modificado *de hecho* una ley, la derogación ó modificación *de derecho* de la misma se impondría y no tardaría en verificarse. Esto, aparte de que no parece muy racional el tener que cometer una injusticia *á reserva* de poner en conocimiento de la superioridad que se ha cometido, para que modifique la ley y no haya lugar á cometer más en adelante (1). Además, cuando el que desea hacer el bien no puede aprovechar las ocasiones que para ello se le presentan, y tiene que dejar el hacerlo *para más adelante*, para cuando, por decirlo así, *se lo manden*, es facilísimo que no se haga nunca. Lo que está ocurriendo en nuestro país con la facultad concedida por el art. 2.º del Código penal á los tribunales, facultad de que éstos hacen poquísimo uso (2), es una prueba bien fehaciente de lo que decimos.

36. La función de los juzgadores debe ser, á no dudarlo, la de *aplicar* las leyes. Pero, por ventura, esta aplicación ¿es cosa tan fácil? Por de pronto, ¿qué es lo que debe entenderse por leyes? ¿Todas las disposiciones emanadas del poder público legislativo? ¿Y sólo éstas, ó también las dadas por los órganos superiores de los poderes ejecutivo y administrativo? Y en el caso de que, como acontece con frecuencia, haya disposiciones contradictorias total ó parcialmente, ó derogadas por el uso, ó absurdas y contrarias á la vida, ó de imposible aplicación, ó deficientes, ¿cómo deberán obrar los jueces para desempeñar su misión? ¿Hay acaso otro medio para salir del apuro que encomendarse á la jurisprudencia, al prudente arbitrio del juez?

---

(1) Esto es, en sustancia, lo que el art. 2.º de nuestro Código penal de 1870 quiere que se haga.

(2) Véase el § 21, nota de la pág. 52.

Digitized by Google

La jurisprudencia es la que «de aquel confuso hacinamiento de materiales heterogéneos y contradictorios, descarta lo muerto y desusado; refunde lo demás, condensándolo y trayéndolo á concierto en una unidad viva y orgánica; rellena los huecos, dando entrada á las creaciones espontáneas de la multitud, nacidas á impulso de nuevas necesidades, que la ley, petrificada en moldes seculares, cerrada á toda revisión, no podía satisfacer; y de hecho subroga su obra en lugar de la obra del legislador» (1).

Aparte de esto, para aplicar la ley, es forzoso que los jueces la interpreten, es decir, que hagan que sea lo que la ley debe ser, que atienda á las verdaderas necesidades de la vida. Cuando entre éstas y aquélla hay oposición, más ó menos marcada, la ley deja de ser ley, y los tribunales, como órganos de la sociedad, están obligados á ponerse de parte de las primeras, abandonando la segunda, ó haciéndola decir cosa distinta de lo que su letra dice; en una palabra, haciendo que la ley sea una fórmula que responda á las exigencias de la realidad, y que cambie según cambien éstas. Interpretar las leyes no es en puridad más que esto: hacer que á su texto inflexible y frío se anteponga y sobreponga su espíritu, el cual no puede ser otro que el derecho natural, entendido, no á la manera antigua, como conjunto de principios extrasociales y extrahumanos, extranaturales, inmutables, independientes de lugar y tiempo, sino como conjunto de principios resultantes en cada momento particular de las especialísimas y singulares circunstancias que rodeen á la sociedad, al individuo, al sujeto del derecho, sea cual fuere (2).

Y en esto se halla el grandísimo é insustituíble mérito de la jurisprudencia. «La jurisprudencia se distingue de las leyes que le sirven de fuente y de fundamento, en no ser derecho estereotipado, rígido: representa el elemento mudable, flexible,

(1) Ponencia citada, de Pantoja, Oliver, Giner y Costa, pág. 8.

(2) V. el capítulo siguiente.

Digitized by Google

vivo, del derecho positivo; no dogmatiza ni preceptúa por vía de principios generales, como la ley; la materia en que labra es lo infinitamente pequeño, los casos individuales, y por esto, la elaboración del derecho en ella es lenta, callada, molecular; las mudanzas más imperceptibles de la opinión, los progresos más leves de la ciencia, encuentran eco y respuesta en sus decisiones; y aun la experiencia personal de los juzgadores, á medida que el comercio incesante con la realidad la ensancha y perfecciona, tiene también su parte en las alteraciones, aunque insensibles, diarias, y en el consiguiente adelanto de la jurisprudencia» (1).

---

(1) Ponencia citada, pág. 9. No se puede decir mejor ni en menos palabras cuál es la función y la importancia de esta fuente de derecho. Uno de los firmantes de esta ponencia, el Sr. Costa, presentó al Congreso Jurídico de Barcelona, en 1888, otra ponencia sobre el tema 1.°: *Condiciones que debe reunir la jurisprudencia para disfrutar de la autoridad de doctrina legal*, la cual es un estudio acabado de esta cuestión, y en la que se hallan observaciones verdaderamente sorprendentes. Como siempre, es decir, como en los demás trabajos análogos, el autor se refiere muy especialmente á la jurisprudencia en el orden civil, pero casi todo lo que dice es perfectamente aplicable á la materia penal, según reconoce el propio Sr. Costa (en carta particular que nos ha remitido). En dicha ponencia se lee, entre otras cosas, lo siguiente: «El carácter ordinario de la ley es la generalidad: contiene los casos únicamente por modo de potencia, y hay que deducirlos de ella uno á uno, por un trabajo reflexivo de adaptación, que es á lo que llamamos interpretar la ley. La interpretación no es, en sustancia, otra cosa sino la medida ó contraste de algo individual por algo específico, ó de otro modo, la reducción de un tipo específico á las proporciones de un hecho; sea de un hecho en proyecto, con el fin de determinar la conducta que debe seguir el sujeto actor para que tal hecho resulte conforme al tipo propuesto ó impuesto; ora de un hecho ya ejecutado, al objeto de decidir, caso de que no coincidan, lo que ha de restarse, añadirse ó rectificarse en él para que quede lograda dicha conformidad. ... La sociedad muda de convicciones, y estas mudanzas encuentran eco en los estrados de la justicia, adonde llega siempre el derecho por aportaciones moleculares, mucho antes que en los programas de los partidos y que en los cuerpos legislativos y ministerios, donde no penetra sino en masas y por aluvión. Por esto, el juzgador *no se limita á aplicar* mecánica y rutinariamente la ley, sino que, al aplicarla, la desarrolla, la aclara, la suple, la

Digitized by Google

37. Una preocupación análoga á aquella que ha obligado á los escritores á considerar que la costumbre es fuente de derecho propia de sociedades primitivas, les ha hecho creer también que con la jurisprudencia sucede lo mismo. Así, se dice que la primera fuente del derecho en el orden del tiempo fué la *sententia judicis;* que «cuando la sociedad alcanza un mayor grado de civilización, aparecen otras fuentes jurídicas, y entonces la *sententia judicis* pierde su primitivo valor y cesa de crear derecho»; que «un criterio para juzgar del grado de civilización de un pueblo es el de ver si las normas jurídicas son creadas en él por un órgano especial (comicios ó rescriptos imperiales), ó si se van produciendo poco á poco por un juez privado con ocasión de una contienda privada»; que «si una regla jurídica hubiese pasado por todas las etapas de la evolución, habría encarnado, primero, en la *sententia judicis*, después, en la *consuetudo*, y por fin, sería formulada en la *lex*»; que «en los pueblos modernos de Europa hay ya un organismo jurídico rico y desarrollado, con leyes, costumbres, tradiciones, tratados, jurisprudencia y ciencia; por lo cual el juez no es ya el que debe *crear*, sino *aplicar* el derecho preexistente al caso práctico. En las sociedades primitivas la *actio* engendra el *jus*, y el juez es un legislador, mientras que en las sociedades civiliza-

---

reelabora y *perfecciona*, la vivifica, en suma, conforme á las inspiraciones de la razón común y á impulsos de la sociedad histórica para que fué dada. La letra, por su cualidad de signo, sólo tiene valor en función de lo significado; pero, signo material y de convención, no puede seguir por sí las evoluciones interiores del derecho y llega un día en que se nos presenta en oposición con él. Esa oposición, esa antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión incontrastable de la realidad le obliga á armonizar sus interpretaciones con el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos á la letra por medios indirectos, en que fueron maestros los pretores de Roma; hasta que el legislador se apercibe y renueva la envoltura exterior, restableciendo el equilibrio roto entre la forma y el fondo.» (Costa, *Ponencia* redactada para el Congreso Jurídico de Barcelona, publicada como apéndice en el libro *Reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la administración de justicia*. Madrid, 1890-93, págs. 292-294.)

Digitized by Google

das el *jus* preexiste ya formado y completo, la *actio* no sirve más que para invocar su actuación, y el juez es quien dirime una controversia concreta con las normas fijadas genéricamente por el legislador mismo», y que, en consecuencia, «la *sententia judicis* no es ya hoy una fuente de normas jurídicas» (1).

Vamos por partes.

En primer lugar, se cae aquí en un error muy frecuente, pero insostenible, y es el de creer que, en el proceso social, cuando aparecen nuevos elementos, desaparecen como por encanto los elementos antiguos, y que es imposible la coexistencia de los unos y los otros. «Si una regla jurídica—dice Cogliolo, según acabamos de ver—hubiese pasado por *todas las etapas* de la evolución, habría encarnado, PRIMERO, en la *sententia judicis*, DESPUÉS, en la *consuetudo*, y POR FIN, sería formulada en la *lex*» (2). Donde se olvida que el tránsito de una etapa á otra se verifica insensible y gradualmente, sin que pueda decirse cuál es el punto en que la una concluye y la otra comienza; y

(1) Cogliolo, ob. cit., págs. 42-43.

(2) Aquí Cogliolo, como en varios otros puntos, no hace más que seguir á Maine, el cual intenta demostrar esta misma sucesión cronológica. Mejor que ellos nos parece que resuelve el problema Angel Majorana, negando que pueda establecerse en la materia ninguna verdadera y propia cronología, y afirmando que «la costumbre jurídica aparece, aun independientemente de las sentencias de los jueces, tocante á los preceptos jurídicos de suma importancia, de indiscutible utilidad, de intuitiva necesidad moral»; que «la conciencia del derecho preexiste á la sentencia, y el juez primitivo, aun invocando en su labor á la divinidad, se inspira justamente en aquel derecho cuya conciencia se halla difusa en la sociedad, es decir, se inspira en razones de *moral* y de *equidad natural* (si bien en aquella edad existirían de un modo muy tosco), y hasta de *utilidad pública*», aunque «por otra parte no puede negarse que la sentencia es, á su vez, muchas veces, causa de costumbres jurídicas», y que, en suma, si es verdad que «la ley, como tal, ó sea como *dictado jurídico*, *explícito* y *preciso*, es la última que aparece en la serie de la evolución», esto debe entenderse en el sentido de que «lo que viene más tarde no es más que la *forma* de la ley, puesto que la *sustancia* de la misma existe siempre, desde los primeros momentos.» (A. Majorana, *Teoria sociologica della costituzione politica*, Turín, 1894, § 91.)

Digitized by Google

además, que mientras se está elaborando la *nueva* forma, la más perfecta, y aun después de elaborada, no dejan de estar trabajando las formas anteriores, las más imperfectas; de suerte que todas existen simultáneamente, si bien las unas vayan perdiendo, al menos en apariencia, importancia y las otras la vagan ganando. «Todo proceso más complejo, dice con razón un ilustre escritor contemporáneo, se *superpone* al proceso más simple, pero *no lo excluye*» (1). Así, en nuestro caso, la elaboración del derecho se verifica en las sociedades civilizadas por más medios que en las sociedades primitivas; el número de estos medios es mayor cuanto mayor sea la civilización, esto es, cuanto más complicada sea la vida de la sociedad, cuanto mayor sea el número de las necesidades que en ésta se sientan (2), y cuantas más sean las condiciones que se requieran para la satisfacción de aquéllas. En efecto, en las sociedades atrasadas, sencillas, donde la vida es poco complicada, donde los recursos que para hacerla se requieren y de que se dispone son pocos; en estas sociedades incipientes, en que apenas se percibe la aparición más rudimentaria de lo que actualmente, en los pueblos que se llaman civilizados, ha llegado á convertirse, merced al desarrollo, en actividades y funciones complejísimas, no es posible que el derecho, función social, sufriera una excepción, y tuviera órganos múltiples y bien determinados para su ejercicio. Entonces se realizaba en la manera imperfectísima como era posible que se realizara, y tenía por fuentes las únicas que podía tener. Por el contrario, en las sociedades adultas, ó al menos más desarrolladas, las actividades que entran en juego son muchas más y más ramificadas, el número de las relaciones á que dan origen ha crecido de un

(1) Novicow, *Les luttes entre sociétés humaines et leurs phases successives*. Paris, Alcan, 1893, pág. 157.

(2) Sabido es que algunos consideran que la característica de la civilización consiste en el mayor número de necesidades que los individuos y los pueblos sienten, y en la mayor intensidad con que las sienten.

Digitized by Google

modo extraordinario, son muchísimas las reglas que se necesitan para dirigir y encauzar su acción, y como es consiguiente, el número de fuentes de que estas reglas han de proceder ha crecido también. Pensar que una sola pueda dar de sí todo el inmenso torrente de reglas jurídicas que son necesarias para regir la vida moderna, no pasa de ser una pretensión insensata, proveniente del desconocimiento de las leyes que gobiernan la vida social y jurídica, y además de insensata, ineficaz, porque el legislador, aun el más presuntuoso y previsor, olvidará siempre ó desconocerá un sinnúmero de hechos cuya regulación jurídica habrá de estar encomendada á otros órganos sociales que cooperan con él al desempeño de la misma función (1).

38. En segundo lugar, bueno es entenderse acerca de lo que

---

(1) Tan equivocada es la opinión de los que suponen que la ley ha venido á sustituir por completo y á cegar las demás fuentes del derecho, como lo sería el creer que la invención de la locomotora ha hecho innecesarios en absoluto los antiguos medios de locomoción, ó como lo sería el creer que la introducción de las máquinas en las industrias ha proscrito de todo punto los procedimientos industriales que las sociedades primitivas y más atrasadas usaron.

Sucede además otra cosa. Lejos de proscribir absolutamente los nuevos medios á los antiguos, lo que ocurre es que estos últimos se van perfeccionando á su vez, á medida que se aplica á ellos los resultados de las nuevas invenciones y de los nuevos progresos. Así, la industria fabril moderna, con todo su desplegamiento, no ha desalojado totalmente á las formas anteriores de industria, tales como la industria á domicilio, la industria doméstica, etc., sino que éstas se han perfeccionado según han ido aprovechando los productos de los inventos modernos. Igual ha pasado en nuestra especial materia. La ley no ha podido destruir por completo el poder de las antiguas fuentes jurídicas; éstas han continuado existiendo, pero se han perfeccionado, aprovechando para ello los resultados de la investigación científica y aun los elementos que las leyes les ofrecen. ¿Quién duda, por ejemplo, de que las sentencias de los tribunales y las mismas costumbres que en el seno del pueblo se elaboran no son hoy lo mismo, no tienen el mismo contenido ni se forman con los mismos elementos ni dentro de los mismos límites que en las sociedades primitivas?

Digitized by Google

significa la frase *crear el derecho*. Dice Cogliolo que «en las sociedades civilizadas el juez no *crea*, sino que *aplica* el derecho» (1), y que quien lo crea es el legislador. Ahora bien: esto, en nuestra opinión, es inexacto. El derecho no lo *crea* ni el uno ni el otro, ni el juez ni el legislador, ó mejor dicho, no lo crean *ellos solos*, sino que lo crea la colectividad entera, todos los órganos de la misma, todos sus miembros, sean personas individuales, sean personas sociales. Todo individuo ó todo grupo que sean activos, al obrar y en tanto que obran, establecen entre sí relaciones de muy diversa índole, sobre su vida económica, sobre el mutuo respeto de las personas y de las propiedades, sobre el mutuo auxilio y la mutua asistencia, etc., relaciones cuyo cumplimiento tratan de asegurar por todos los medios que estén á su alcance, pero principalmente por el de las sanciones penales de todas clases (multa, indemnización, venganza y represalias, etc.). Tales relaciones resultan, desde el el primer momento de su nacimiento, jurídicas, porque son obligatorias por una parte y exigibles por la otra hasta con el auxilio de una sanción (más ó menos eficaz, que esto no importa). Así resulta que la vida de toda colectividad constituye un complexo de derechos y obligaciones recíprocos, no impuestos por poder alguno *exterior*, sino originados en su propio seno y *creados* por los asociados mismos, directamente. Esto es lo que constituye el derecho consuetudinario. En él se puede decir que no hay distinción entre la relación jurídica misma, el hecho, y la norma: esta última no es otra cosa sino el hecho mismo, en cuanto se repite de una manera uniforme.—Pero, además, la sociedad como tal, los coasociados, engendran una

(1) Ob. cit., pág. 65. Esta manera de concebir la función del juez es muy general. «*Corresponde al magistrado*, dice Fiore (*De la irretroactividad é interpretación de las leyes*, trad. esp., Madrid, 1893, p. 501), *la aplicación de la ley tal y como se halla escrita*, puesto que no tiene facultades para crear la regla que debe aplicar.» «*Frente al magistrado* que ha de calificar la índole del hecho que se imputa al procesado, *la ley actual es siempre conforme al verdadero derecho*», escribe Carrara. (*Programma*, t. II, § 746, pág. 263.)

Digitized by Google

multitud de relaciones jurídicas por medio de procurador, digámoslo así, es decir, por medio de los órganos puestos expresamente por aquélla para que *en su nombre* vayan *creando* el derecho. Estos órganos son los poderes públicos, el legislador, los tribunales de justicia, etc., cada uno en la particular esfera de acción que le es propia. Ahora, si esto es cierto, resulta que tanto el legislador como los tribunales, como todos los otros poderes del Estado, *no crean* propiamente el derecho, esto es, no lo crean de una manera independiente, exterior y superior á la sociedad, sino que lo crean en representación de ésta, y por tanto, que ésta es en realidad quien ha de crearlo, no haciendo aquéllos otra cosa que ir recogiendo uno por uno y traduciendo en leyes y sentencias todos los elementos de esta formación, grandes y pequeños, sin descuidar ninguno. Las inspiraciones para el desempeño de su función no pueden recibirlas legítimamente los jueces y los legisladores de otra parte sino de la sociedad misma á quien sirven y con la que están en idéntica relación que el mandatario con su mandante. Bien puede decirse aquí de la sociedad lo mismo que en los tiempos de las monarquías absolutas se decía del rey, esto es, que *la sociedad es la fuente primera de todo derecho;* que *la justicia emana de ella y en su nombre la administran los jueces;* que éstos y los legisladores tienen jurisdicción *delegada*, correspondiendo la *retenida* á la sociedad; que ésta puede privar á aquéllos cuando quiera de las facultades que les ha otorgado, restringírselas, derogar las leyes ó anular las sentencias que hayan publicado, ejercitar el derecho de gracia, de indulto y de amnistía, no respetar la *res judicata*, etc., etc. (1).

Ahora bien: mientras que en las relaciones de derecho consuetudinario es la sociedad misma quien pone el hecho y quien, mediante la repetición del mismo, formula la regla, por lo cual

(1) Sólo con este criterio, que nos parece inatacable, puede resolverse de un modo satisfactorio la eterna é insoluble (en los términos en que se suele plantear) cuestión de las relaciones entre el derecho natural y el positivo.

Digitized by Google

no hay distinción, según se ha dicho, entre la relación y la norma que la regula (entre el *hecho* y el *derecho*, podría decirse), aquí, en estas otras relaciones jurídicas que la sociedad crea por medio de representación, hay ya una división del trabajo, una distinción entre el hecho y la regla, por virtud de la cual, el hecho, la actuación del mismo, queda encomendada á los propios coasociados, á la masa social, pero la formulación de la regla que de tales hechos debe salir, se encarga á órganos especiales, que se llaman legislador (formulación de la regla *in abstracto*), tribunales (formulación de la regla aplicable al caso concreto, sentencia), etc. Esta división del trabajo, este como desdoblamiento de la función *única* de crear el derecho, es lo que ha dado lugar á que se suponga equivocadamente (1) que sólo es derecho lo que manda la ley, que el único que lo *crea* es el legislador, que á los súbditos no les corresponde otra cosa que obedecer y cumplir ciegamente las leyes, y que la misión de los tribunales es aplicar mecánicamente éstas (2). Con lo

---

(1) Como le sucede, v. gr., á Cogliolo y á muchos otros, en quienes, siendo como él positivistas y muy conocedores del derecho histórico, sobre todo del romano, no se explica tal opinión sino por el gran influjo que sobre ellos ejercen las concepciones tradicionales, y sobre todo la de la escuela llamada del derecho natural, á la cual, más ó menos, todos pagamos todavía algún tributo.

(2) En la falsa concepción á que aquí nos referimos ha influído también no poco—ayudando y reforzando las de la escuela del derecho natural, de que se habla en la anterior nota—el dogma constitucional, defendido y divulgado por Montesquieu, de la división y perfecta separación é independencia de los poderes. Según este dogma, que por largo tiempo han reputado los escritores y los políticos como indiscutible, al poder legislativo es á quien únicamente corresponde la facultad de *crear* y *declarar* el derecho, por medio de la promulgación de las fórmulas legales, mientras que al poder judicial sólo le compete la facultad de *aplicarlo* á los casos concretos. El constitucionalismo moderno no ha hecho aquí, como en varias ocasiones, y aun en sus fundamentales ideas (véase Giner, *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875.—*La política antigua y la política nueva)*, más que traducir bajo otra forma las concepciones antiguas. En el antiguo régimen, la justicia era uno de los atributos indivisibles de la soberanía del rey (*«justicia*, moneda, fundadora e

Digitized by Google

cual se han invertido los términos; porque debiendo ser el legislador el que estuviera sometido á la sociedad, en cuanto órgano suyo, y respondiera con sus prescripciones á las necesi-

---

suos yantares» eran las prerrogativas anejas al señorío del rey, según la ley 1.ª, tít. 1.°, libro 1.° del Fuero Viejo de Castilla). El rey era, por lo mismo (y aun sigue siéndolo: art. 74 de la Constitución vigente, de 1876, y 1.° de la ley orgánica del Poder judicial, de 1870: «La justicia se administra *en nombre* del Rey»), la fuente y el origen de toda jurisdicción (jurisdicción retenida, derecho de gracia, última alzada), y los tribunales no eran sino instrumentos suyos (jurisdicción delegada), cuya misión consistía en poner en práctica, en *aplicar* y hacer ejecutar la ley (la *voluntad* del rey) *(a)*. El constitucionalismo ha desintegrado las varias atribuciones que antes estaban concentradas en la persona del monarca, trasladándolas á diferentes órganos, pero la concepción de la naturaleza de las mismas y de las relaciones mutuas entre ellas, ha seguido siendo igual que antes. Por eso, divididas y separadas las funciones del Estado y los correspondientes órganos que las desempeñan, al poder judicial se le ha asignado el papel de *aplicar las leyes formuladas por el poder legislativo*, distinto del Estado (la ley es la *voluntad* de las Cámaras, la *voluntad* de las mayorías, la *voluntad* del Gabinete, etc., en modo alguno la voluntad racional del Estado, del pueblo.) «A los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de *aplicar* las leyes en los juicios civiles y criminales, *sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado*» (art. 76 de la Constitución, y 2.° y 3.° de la ley orgánica del Poder judicial). Bien puede decirse, por consiguiente, que la función judicial no ha llegado aun á ser lo que debe, una función del Estado, sino que todavía sigue siendo, como anteriormente, función del rey, ó dependencia del poder ejecutivo, que para el caso es igual. (Véase Posada, *Tratado de derecho político*, t. II, *Derecho constitucional*, libro VI, capítulo V, y los autores allí citados.) Nos hallamos, por tanto, en pleno dominio de la concepción dualista, conforme á la cual el derecho viene *de arriba*, es una pauta á que tiene que ajustarse la vida real. (Véase § 23, nota 1 de la pág. 58.)

(a) En Inglaterra todavía se conserva el principio de que el soberano es la fuente de toda justicia; pero, como tantos otros principios en el referido país, no tiene eficacia alguna en la práctica. «A decir verdad, el soberano no participa hoy en la administración de la justicia. Sin duda, él es quien nombra aún los jueces y ejerce el derecho de gracia, pero estas mismas dos atribuciones son puramente nominales y el soberano se halla reducido, bajo el gobierno parlamentario actual, á firmar lo que le proponen sus ministros» (E. Glasson, *La justice en Angleterre et en France*, en la *Revue du droit public*, t. III, 1895, p. 43-44).

Digitized by Google

dades de ésta, lo que se ha hecho es declararlo omnipotente, darle facultades para dictar á su antojo disposiciones, con sólo la condición de que estén inspiradas en el ilusorio *derecho natural*, y obligar á los ciudadanos á que acomoden sus actos á aquellos preceptos, sin discutirlos (1).

Parece, pues, que si es permitido decir que el legislador *crea* el derecho, no debe ser menos permitido decir que también lo *crean* los tribunales, aun en el supuesto de que se considere, equivocadamente, que no hay más derecho que el contenido en la ley. En efecto, si el legislador lo crea, por así decirlo, *de una vez*, los tribunales lo van creando en veces, paulatinamente,

---

Mas también aquí debe producirse, y poco á poco se va produciendo, una reacción (principalmente por efecto de las modernas ideas y concepciones orgánicas), merced á la cual se advierte la imposibilidad de una absoluta separación entre las varias funciones, órganos y poderes del Estado, y la necesidad de considerarlos todos ellos íntima y orgánicamente enlazados, como partes é instrumentos que son de un único organismo, que les sirve de sujeto, en el cual radican y en cuyo beneficio están establecidos. (Véase Esmein, *Deux formes de gouvernement*, en la *Revue du droit public*, t. I, 1894, págs. 15 y siguientes; Wuarin, *Il primo passo nella riforma sociale. L'organizzazione della democrazia. Le esperienze fatte in Isvizzera*, en la *Riforma sociale*, t. III, 1895, páginas 185 y siguientes; Dorado, *Problemas de sociología política*, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 81, 1892, págs. 846 y siguientes.)

(1) No nos es posible explicar aquí todo nuestro pensamiento respecto del particular, pero conviene que digamos, con el fin de evitar torcidas interpretaciones, que la función del legislador no ha de ser, en nuestro concepto, puramente pasiva, sino que también tiene que reobrar muchas veces sobre la sociedad por medio de la ley, para corregir ciertos yerros ó extravíos de una parte de ésta, para contener el empuje y el desarrollo de usos ó prácticas perniciosas, etc. El legislador debe atender á las necesidades *verdaderas* del pueblo, á la satisfacción de aquellas que sean las más convenientes, las más útiles al bienestar de todos, las más racionales, en suma, y debe, por el contrario, impedir el fomento de aquellas otras que se opongan al bienestar general. El discernir cuáles sean las del primer grupo y cuáles las del segundo, es la obra del legislador avisado; para realizarla, no debe perdonar medio ninguno, y sobre todo, debe aconsejarse de las enseñanzas de los hombres prácticos y estudiosos, y tener en la debida consideración los resultados más positivos de la investigación científica.

Digitized by Google

á medida que se van ofreciendo casos y más casos particulares. En realidad, más derecho *crean* los tribunales que el legislador. El contenido de las leyes, al menos la principal parte del mismo, deben ofrecerla los fallos de los tribunales. Ellos son algo así como el tamiz depurador de los materiales que ofrece la sociedad para la elaboración de las leyes; ellos son el conducto más seguro y más eficaz para que vayan entrando en la ley, y principalmente en la vida social, las nuevas corrientes y exigencias científicas á las que de otra manera les está poco menos que negado todo influjo; ellos son también los que hacen posible que la sangre joven y vivificadora de las costumbres penetre, á modo de inyección constante ó de transfusión, en el organismo inerte y caduco de las leyes y de los códigos, regenerándolo y haciéndolo revivir. Esta fué la función que en Roma desempeñó el pretor; lo que hizo que aquel derecho se fuese desenvolviendo lenta y orgánicamente, al compás del desarrollo social, sin retrocesos, sin saltos bruscos; lo que hizo que cuando el legislador modificaba las leyes, éstas se hallaran ya modificadas en la realidad, por influjo del derecho honorario. Pero esta institución no existe en los Estados modernos (1), ni otra alguna análoga; por eso es necesario que lo que en Roma hacía el pretor lo supla entre nosotros la jurisprudencia.

39. Sobre el punto de las relaciones entre la función legislativa y la judicial, entre el legislador y el juez, conviene detenerse aún, para considerarlo históricamente. El profesor Majorana estudia el problema bajo el aspecto del derecho constitucional y con particular aplicación á los órdenes civil y mercantil; pero sus observaciones son casi totalmente aplicables á

(1) «Los más eminentes jurisconsultos de nuestro siglo, Filangieri, Holtius, Schrader, Savigny, Bornemann, Roeder, al contemplar la admirable regularidad con que se desenvolvía el derecho en Roma bajo el imperio de las instituciones honorarias, han echado de menos en los Estados modernos el edicto del pretor, como complemento del derecho legal y del derecho consuetudinario, y proponen su restauración.» (Ponencia de Pantoja, Oliver, Giner y Costa, págs. 14-15.)

Digitized by Google

la materia penal. La ley de desarrollo que él formula (sacándola de la observación histórica) vale lo mismo para los asuntos penales, á los que parece que él no se refiere, al menos de una manera evidente, que para los negocios civiles y mercantiles, de los cuales habla de un modo expreso. La preterición que el autor hace del derecho penal no proviene de otra cosa que del descuido en que se ha tenido el estudio de esta disciplina en el particular de que se trata.

En Roma, dice Majorana (para no hablar de épocas inciertas), se observa una gran separación entre la ley y el juicio en tiempos de las Doce Tablas y con el procedimiento formulario. La razón de este hecho debe ser *política* más bien que *histórica,* á saber, la lucha entre patricios y plebeyos. Desde Montesquieu en adelante, la distinción entre los poderes legislativo, gubernativo (mal llamado ejecutivo) y judicial se reputa comunmente ser una condición de todo gobierno libre; y lo es, en efecto. Por tanto, no parece que sea temerario el afirmar que los patricios y los plebeyos buscaron en la distinción entre las funciones de juez y de legislador el medio para impedir que, por la confusión de las mismas, predominasen sólo los plebeyos ó sólo los patricios. «En el rigor de la ley y en la función casi maquinal encomendada al juez, podría verse, por consecuencia, como un forzoso término medio para asegurar un cierto equilibrio estable entre las dos fuerzas sociales que recíprocamente tendían á predominar cada una sobre la otra. Pero las instituciones políticas (en cuyo número deben contarse las judiciales) traen su importancia y su eficiencia, no tan sólo del documento formal que las establece y regula, sino también del ambiente en que viven, en razón directa ó inversa del vigor de las fuerzas que las sostienen ú hostilizan. Creo, pues, que no tenga nada de audacia el decir que la plebe influyó sobre el pretor para determinar, indirectamente, en el derecho civil una profunda transformación, no muy desemejante de aquella que, en el orden estrictamente político, provocó, directamente, por medio de los tribunos. Y el pretor comenzó á

Digitized by Google

romper la unidad del derecho civil, á contradecirlo, á corregirlo, á renovarlo. Con lo cual *volvieron á reunirse,* por modos y con intentos diferentes, *las funciones de juez y de legislador*. Y de esta manera se mostró una vez más la verdad del siguiente hecho: EN EL PERÍODO DE FORMACIÓN DEL DERECHO POSITIVO, EL JUEZ TIENE UNA INTERVENCIÓN PRINCIPAL EN DICHA FORMACIÓN, Y CON SUS SENTENCIAS SUMINISTRA EL CONTENIDO Á LAS LEYES» (1).

Pero el ejemplo de Roma no es único, antes bien se reproduce en todas las épocas de la historia. Estudiando ésta, aunque sólo sea ligeramente, se ve cómo en los diferentes momentos de la misma predomina, ora el concepto del juez mero aplicador mecánico de las leyes que otros le dan ya formadas, ora el del juez, que, con sus decisiones razonadas, justas, contribuye á la elaboración de las leyes futuras, el del juez *conditor legis*. El predominio de cada uno de estos dos conceptos es alternativo, cumpliéndose también aquí la ley universal de la acción y la reacción, la ley del ritmo, que los filósofos y hombres de ciencia de nuestro siglo han puesto tan en evidencia. «Hay en la historia grandes hechos y grandes nombres que representan el triunfo de la majestad de la ley: las Doce Tablas, Salvio Juliano, Justiniano, Carlomagno, Napoleón. Pero inmediatamente siguen procesos opuestos. Después de las Doce Tablas, la *interpretatio* y el derecho pretorio; después del derecho pretorio, los *responsa prudentium;* después de Justiniano, las glosas (aparte las graves perturbaciones producidas por la confusión de los varios derechos barbáricos). El derecho rigoroso de Francia, en la época clásica de la monarquía militar, lo corroe la obra asidua y perseverante de los parlamentos. En el campo científico, Montesquieu proclama la absoluta distinción entre el juez y el legislador; pero posteriormente se produjeron muchas y autorizadas doctrinas, á propósito de la famosa controversia sobre la codificación, las cuales marcharon por distinto camino. Un hombre colosal, Napoleón, cortó la controversia.

(1) A. Majorana, *Teoria sociologica della costituzione politica*, § 91.

Digitized by Google

Parece que Napoleón venció y que el imperio de los Códigos y la rigorosa aplicación de la ley por parte de los magistrados sean indiscutibles; y así lo son realmente hoy. Pero ¿lo serán siempre? Lícito es abrigar dudas» (1).

En efecto, cuando, mediante un Código, se establece de una manera fija un derecho, inmediatamente comienza una labor

---

(1) Majorana, ob. cit., § 92.—No sólo es lícito abrigar dudas, sino que ya hoy mismo vemos que se está produciendo una fortísima reacción en contra del absoluto imperio de los Códigos y de la esclavitud de los jueces y en favor del arbitrio ilustrado de los mismos. Y esto, no sólo con relación á las órdenes civil y mercantil, sino, lo que es aun más significativo é importante para nuestro caso, en el mismo orden penal. Más atras (§ 19) lo hemos mostrado. También en este punto se cumple la ley del ritmo: primero, dominó el sistema legislativo, la reverencia y sumisión entera á los mandatos del soberano; después, como reacción saludable contra el rigorismo legal, que no respondía á las costumbres y exigencias de los nuevos tiempos, se introdujo lentamente el sistema de la amplitud de los juzgadores para la calificación y apreciación del hecho, y para la aplicación al mismo del precepto legislado; llevado este sistema al exceso, provocó el otro, contrario al mismo, de la esclavitud judicial, introducido en el pasado siglo con el imperio tiránico de la corriente codificadora; pero, en tanto, la labor de la escuela histórica no ha cesado, y su sentido, que se ha ido apoderando poco á poco de las mejores inteligencias, grandemente favorecido y secundado por todo el espíritu orgánico de la ciencia moderna, sea experimental y realista, sea puramente especulativa, ha originado la poderosa contrarreacción que hoy presenciamos y que concluirá por imponer otra vez, en no lejano plazo, el sistema del arbitrio judicial. Ni es posible tampoco otra cosa, dado el caracter y tendencia de los recientes estudios sociológicos (§§ 25-28).—Ahora, entre el arbitrio que en otros tiempos dominara y el que debe dominar en los presentes, hay una profunda diferencia: aquél consistía en la latitud concedida al juez para aplicar las leyes vigentes, ó á lo más, para juzgar *ex æquo et bono*, esto es, por impresión: era, por tanto, un arbitrio que podemos llamar espontáneo, irreflexivo, de intuición; mientras que éste debe ser un arbitrio ilustrado, fruto de madura reflexión y de largo estudio, resultado de una observación paciente, detenida, de la realidad social en que el hecho se haya originado, del sello particular del mismo y de las peculiares circunstancias que lo rodeen. El arbitrio de los siglos pasados podía ejercerlo cualquiera, juzgando *según su leal saber y entender;* el arbitrio que corresponde á nuestros tiempos no lo puede ejercitar sino aquel que tenga una larga preparación científica.

Digitized by Google

creadora de un derecho nuevo. «Un Código tiene grande utilidad, sobre todo porque significa la certeza, la plenitud, la estabilidad de la ley *(jus finitum ac certum)*; pero el derecho positivo que el mismo comprende es siempre contingente y relativo á las condiciones del tiempo y del espacio. Gracias al continuo movimiento social, aparecen nuevas necesidades, y por tanto, nuevas fuerzas (1). Como éstas no encuentran satisfacción en la ley, tal y como el Código la ha integrado, aspiran á diferenciarla, y tratan de constituir á los jueces en órganos de sus aspiraciones. De donde resulta que la integración lleva consigo un dogma: *la ley es distinta del juicio; éste, posterior á aquélla, la aplica rigorosamente*. Por el contrario, la diferenciación parte de otro concepto, que no tiene el rigor de un dogma, pero tiene la eficacia práctica de un principio de desarrollo: *la ley coexiste con el juicio, y muchas veces es posterior á éste*. El cual principio no se afirma claramente, sino implícitamente, por lo que se trata de aplicarlo con modestia y casi de un modo inconsciente: con el trabajo sutil, diligente, continuo, de la interpretación; con el otro más avanzado, pero á menudo disimulado, que proviene de la necesidad de suplir las deficiencias de la ley; por fin, con el trabajo audaz de la corrección. Estas fases sucesivas se advierten de una manera admirable en la historia del derecho romano... Así, por un proceso lentísimo, los jueces *que han sido puestos para aplicar un derecho, crean y aplican otro...*» (2).

Esto, que ha venido ocurriendo en varios momentos de la historia y en todos los países (en la Roma antigua, en Francia, Inglaterra, España, etc., luego que comenzaron á tener vida independiente como naciones), ocurre también en la época moderna y parece que ha de ocurrir aun más intensa-

---

(1) «En las sociedades progresivas, dice Sumner Maine, las necesidades sociales y la opinión pública van siempre *delante* del derecho.» (*El derecho antiguo*, trad. esp., pág. 28.)

(2) Majorana, *loc. cit.*

Digitized by Google

mente en el porvenir. Ciertamente, hoy «sólo por excepción y por necesidad indeclinable admitimos que el juez pueda con sus sentencias, no ya *derogar* el derecho vigente (mucho menos podríamos decir *crearlo*), sino más bien acomodar, por *interpretación* y *analogía*, un derecho nuevo, cuando el vigente sea defectuoso; pero siempre dentro de los confines de este último». Mas «si se tiene en cuenta el intenso deseo y la necesidad de novedades que invade á las sociedades modernas, y las nuevas exigencias, reales ó ficticias, que surgen por doquiera con gran fuerza, hay motivo más que suficiente para dudar de que el actual sistema jurisdiccional conserve su figura... Nótense los muchos grandes hechos que caracterizan á nuestra época: la competencia siempre creciente del Estado, que trae consigo, naturalmente, los mayores servicios públicos y los mayores impuestos; el cada vez más vasto y complicado orden de relaciones entre los ciudadanos y el Estado; la tutela que por todas partes se pide y se concede á las clases que son ó aparecen débiles; las nuevas formas económicas y jurídicas de asociación, producción, remuneración... También el derecho se transforma en nuestros días y sufre el influjo de la época, en la cual el tiempo es más corto, la vida humana se ha hecho más breve, la intensidad en toda clase de ocupaciones y de actividad se ha multiplicado...».

«Todo este cambio en las condiciones reales de la sociedad tiene que proyectarse necesariamente en la jurisdicción, en la competencia y atribuciones de los juzgadores»; y se proyectará «sobre todo en el sentido de hacer surgir y de desarrollar más tarde en la magistratura la facultad de prevenir los litigios; de dar mayor eficacia y de hacer necesarios, en muchas relaciones, la conciliación, el compromiso, el arbitraje; de aumentar el campo de la jurisdicción voluntaria. Creo poder decir, con una fórmula general, QUE LA EVOLUCIÓN LLEVARÁ Á LA MAGISTRATURA Á UNA MAYOR AMPLITUD EN LA CALIFICACIÓN DEL HECHO Y, POR TANTO, EN LA ADAPTACIÓN AL MISMO DEL DERECHO. Si esto llegase

Digitized by Google

á ocurrir, claro está que, por diferentes conductos, volvería la magistratura á ser *conditor legis*. En efecto, la ley no determinaría estrictamente la figura ni la posición jurídica de los hechos, sino que dejaría que tal determinación la hicieren los magistrados» (1).

Evidentemente, el distinguido profesor de la Universidad de Catania, al escribir todo lo anterior, tiene puesto su pensamiento en la magistratura que entiende en negocios civiles (comprendiendo en éstos los mercantiles). Ahora bien, yo pregunto: esa mayor amplitud que en lo futuro parece que ha de darse al juez para la calificación del hecho y la consiguiente adaptación del derecho, ese retorno de la magistratura á ser *conditor legis*, ¿tendrán y deben tener lugar *también* en el orden penal? ¿Hay motivos sobrados para entrever en las actuales corrientes de la ciencia penal la propensión á caminar en lo futuro por tales derroteros? (2). Y si la amplitud dicha no debe

---

(1) Majorana, ob. cit., § 94.

(2) Nadie podrá negar que, á medida que nos alejamos de la causa histórica y de la época que dió origen al movimiento *antiarbitrista*, llamémoslo así, de los tribunales, se va notando más y más propensión á dejar amplia libertad á éstos. A raiz de iniciarse aquel movimiento, en el primero de los Códigos publicados como consecuencia del mismo, en el Código penal francés de 1791, á fin de evitar el inconveniente y los antiguos abusos de las penas *arbitrarias*, se señaló de una manera taxativa el castigo que los jueces tenían que imponer, sin concederles la más mínima amplitud para graduar la pena en atención á las circunstancias atenuantes, etc., que concurrieran en el reo. Asimismo, los escritores de la época prohibieron de modo terminante toda interpretación de la ley penal (V. el capítulo siguiente, § 71 y sigs.). Pero este estado de cosas (perfectamente explicable como reacción exagerada, como todas, contra el estado precedente) hubo de modificarse bien pronto; y los tratadistas comenzaron á pedir alguna libertad para que los jueces pudieran graduar la pena, siempre, sin embargo, dentro de los límites que le trazara el legislador señalándole un *máximum* y un *mínimum*. Tal fué el sistema seguido ya por el Código de 1810, que en ésto, como en tantas otras cosas, sirvió de modelo á los que posteriormente se publicaron en los diferentes países. Los penalistas de la época y los de la siguiente mantuvieron este sistema como el más perfecto y como el que evitaba por igual los males del

Digitized by Google

introducirse en materias penales, sino que se debe concretar á las civiles, ¿cuáles serán los motivos de la diferencia? ¿Serán, por ventura, otros que los que más arriba (§ 5) hemos señalado?

40. Entendida la jurisprudencia de la manera que dejamos

---

arbitrio absoluto y los de la negación de todo arbitrio. «Yo creo imposible que ningún Código humano prevea y aprecie todas las circunstancias atenuantes ó agravantes del delito. Y si esto es de todo punto imposible, y si no puede negarse que las circunstancias influyen poderosamente en la apreciación del hecho ó delito y en la graduación de la pena, yo no veo cómo pueda excluirse del todo en ningún código el prudente y equitativo arbitrio del juez, aunque templado y circunscrito por un máximo y un mínimo de pena.» Así se expresa García Goyena (ob. cit., sección VI, pág. 66, contra Blackstone, que celebra la perfección de la legislación inglesa, donde no se deja libertad alguna al juez, según dice); así se expresan también los señores La Serna y Montalbán (ob. cit., t. III, pág. 2), y el mismo es poco más ó menos el juicio de los escritores españoles y extranjeros de todo el presente siglo. Mas ya no se detienen aquí los tratadistas ni los Códigos; sino que, además de suprimir el mínimo, conservando sólo el máximo de pena (como sucede con el Código holandés); además de ir renunciando á la pretensión de fijar en los Códigos de un modo concreto las circunstancias que pueden modificar la imputabilidad, dejando, por el contrario, esta materia á la resolución de los jueces; además de pedir con insistencia que los Códigos penales se limiten á pocas líneas generales dentro de las que los juzgadores puedan moverse con toda libertad, el número de casos en que los comentaristas reconocen la necesidad imprescindible de confiarse á la competencia y buena voluntad de los jueces va en incesante aumento (cualquier comentarista del Código vigente abunda en ejemplos; véase, por ejemplo, Groizard, quien ofrece bastantes: al tratar de la locura como causa eximente de imputabilidad, del miedo insuperable en igual concepto, de las varias circunstancias agravantes, de los encubridores, de la imprudencia temeraria, etc., etc.). Ahora, esta tendencia á aumentar el arbitrio de los jueces no supone ya hoy el peligro de que se repitan los abusos que en otro tiempo se cometieran, porque las condiciones de la vida son ya distintas; por tanto, sin necesidad de cortapisas legales, los jueces no podrían impunemente oprimir á los ciudadanos hoy como los podían oprimir en otro tiempo, ni debería haber temor de otorgarles de derecho la facultad de ser *conditores juris*, facultad que, á pesar de todas las trabas, ejercen de hecho, sin que haya poder humano que les prive de ella.

Digitized by Google

dicha (§§ 36 y siguientes), es propia de *todos* los tribunales, y no exclusiva de uno solo, del Tribunal Supremo, porque todos los tribunales tienen necesidad de interpretar la ley para aplicarla, y todos tienen que hacer que la ley se acomode á las exigencias vivas de la realidad. El atribuir á un solo tribunal la facultad de interpretar la ley y el obligar á los demás á recibir como buena la interpretación que él haya dado, entre otros inconvenientes, tiene éstos: se convierte á aquél en legislador, y, por tanto, se anula en realidad la jurisprudencia, en cuanto se impide al juzgador que aprecie el caso particular que tiene delante en vista de las condiciones especialísimas que le rodeen; se favorece la rutina, puesto que se evita al juez el trabajo de penetrar por sí en el sentido de la ley y de acomodarla al hecho de que se trate, y se hace imposible que lleguen hasta la ley las reclamaciones de la opinión, supuesto que el *único* tribunal encargado de formar la jurisprudencia no puede tener conocimiento de todos y cada uno de los hechos que en la vida ocurran, de todas las modalidades de los mismos, de las reformas que suponen, etc.

Estos inconvenientes y peligros que á la jurisprudencia atribuyen los autores, no lo son en realidad de la jurisprudencia tal y como nosotros la entendemos, sino sólo de la jurisprudencia centralizada y autoritaria, de la jurisprudencia á que se da el valor de una ley y que se impone con carácter obligatorio á los tribunales inferiores, de la jurisprudencia que forma la llamada *doctrina legal* y por cuya inobservancia se concede el recurso de casación (1). A ésta es á la que pueden ser

(1) En España, *de derecho* no existe doctrina legal, ó sea jurisprudencia del Tribunal Supremo (§ 95), en asuntos criminales, ni el consiguiente recurso de casación por su infracción; pero *de hecho* existe lo mismo que en los asuntos civiles; por eso es tan frecuente el aducir en los informes forenses, tanto del *Ministerio público* como de los abogados, sentencias del *más alto* Tribunal de la nación, como lo es también el que los magistrados les concedan muchísima autoridad y las aduzcan como apoyo de sus *considerandos*.—Lo cual es otra prueba de que la costumbre es fuente del derecho en materia

Digitized by Google

aplicables las siguientes palabras de Cogliolo: «La importancia de los *precedentes* puede ser funestísima, porque mata el estímulo para las investigaciones libres, impide que se tengan en cuenta los resultados científicos y hace que se apliquen ciegamente las sentencias conocidas y se siga sin iniciativa propia la marcha general. La historia muestra que en todos los períodos de decadencia fué mayor que nunca la autoridad de las sentencias en casos análogos; pues, en efecto, es natural que jueces poco instruídos y poco diligentes encuentren muy cómodo seguir el camino trillado ya por otros» (1). Mas esto no es aplicable á la jurisprudencia en el sentido aceptable de la misma, sino en el menos aceptable. La intervención de la jurisprudencia en la vida jurídica, en la formación del derecho, es doble: por una parte, puede intervenir—y este es el modo más corriente de entenderla, pero el menos defendible—en cuanto la repetición de las sentencias, de los fallos, crea una costumbre que á veces es aprovechable (2); pero que está muy en peligro de degenerar en rutina (3). Por eso esta forma de la jurisprudencia es propia más bien de épocas primitivas y de pueblos atrasados. Pero, por otra parte, la jurisprudencia interviene en la formación del derecho, como fuente del mismo, recogiendo las exigencias nuevas de la ciencia y de la vida, atendiéndolas, dándoles

---

penal: por costumbre y no por ley es como se aducen tales sentencias y como se les da valor.

(1) Ob. cit., pág. 44.

(2) Así se forma la tradición jurisprudencial, la cual «tiene un altísimo valor. El fundamento de ello es más que nada psicológico, es el respeto que los jueces tienen hacia aquello que otros juzgaron constantemente.» (Cogliolo, loc. cit.)

(3) «El apartarse de un modo común de pensar es un acto de fuerza, y en todas las contingencias de la vida, la veneración hacia la costumbre, hacia los usos, hacia la tradición, se funda sobre el mismo sentimiento.» (Idem, loc. cit.) Aquí obran, como siempre, las leyes de la inercia intelectual y de la imitación que los estudios modernos vienen poniendo en claro (Lombroso, Ferrero, Tarde, etc.)

Digitized by Google

entrada en la ley, ensanchando los moldes estrechos de ésta, modificándola, corrigiendo sus deficiencias ó demasías, haciendo, en suma, lo que en Roma hicieron los pretores (§§ 35, 36, 38). En este sentido, la misión de dicha jurisprudencia no puede ser más digna de los pueblos adelantados, de aquellos que hayan adquirido la conciencia de su propio valer, como sujetos verdaderos del derecho; y no habrá temor de que los tribunales, por ignorancia ó por poltronería, conviertan la jurisprudencia en rutina, fiándose y apoyándose, sin discutirlos, sin estudiarlos, sin ver si son aplicables á su caso, en los fallos que hubiere dado otro tribunal, aunque este tribunal sea el *más alto* de la nación; sino que, al contrario, penetrándose bien de su papel y sabiendo que quien va á administrar justicia, á aplicar la ley, á interpretarla, son ellos mismos, no admitirán ciegamente la interpretación que otros hayan dado de ella sino después de un verdadero examen crítico, y si no les parece aceptable ó adecuada á su caso, la desecharán. «En buenos principios de derecho—dicen los autores de la ponencia citada (1)—no cabe poner cortapisas á la libre interpretación del juzgador, ni compete, por tanto, á la jurisprudencia de los tribunales otra autoridad que aquella que otorgamos en la vida común á todo precedente;—autoridad grandísima, por la presunción de que la regla positiva ó el principio de justicia dados como criterio de juicio y como norma de conducta, fueron interpretados con fidelidad en las primeras decisiones ó en los primeros hechos; que siendo homogéneos los actos ó los estados de derecho, deben regirse ciertamente por la misma ley ó por el mismo principio natural, mas no tomados directamente y en su generalidad, como antes, sino en la concreción individual que recibieron al ser aplicados á otros actos ó estados congéneres;—pero autoridad, al mismo tiempo, *voluntaria* y *de libre aceptación, en ninguna manera impuesta como dogma legal*, á punto de excluir la facultad de *apartarse* de ella y dar á la

(1) Ponencia de Pantoja, Oliver, Giner y Costa, pág. 6.

Digitized by Google

ley inteligencia *distinta* de la que recibió en anteriores aplicaciones. Más ó menos laboriosa y reflexiva, y ora recaiga sobre la ley ó sobre las interpretaciones de ella dadas con anterioridad, la interpretación acompaña inexcusablemente á todo juicio; constituye, por tanto, una función personalísima, *propia de todo juzgador, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la jerarquía del orden judicial:* dictar á unos ó á otros un formulario de interpretaciones hechas, para que acomoden sus fallos á él, absteniéndose de interpretar, es querer convertir en mecánica una función por excelencia movible y reflexiva, violando la ley de su naturaleza, coartando la libre espontaneidad de la conciencia llamada á elaborar los juicios, que es tanto como querer el fin y no querer los medios, convirtiendo en estado permanente lo anormal y lo irregular, y no logrando á la postre el resultado apetecido, porque las doctrinas puestas al nivel de la ley, de hecho son leyes, y como ellas requieren á su vez una interpretación. Con pretexto de uniformidad, se ha pretendido hacer del juez un autómata y de la administración de justicia una matemática, como si fuera posible conseguir por medios exteriores y mecánicos aquella unidad de convicciones y de espíritu, única á que debe aspirarse, por ser la sola eficaz, la sola que armoniza la interpretación judicial con el sentido vivo de la ley que alienta en el seno de la sociedad.» El Sr. Costa dice por su parte (1): «Cada uno de los infinitos hechos homogéneos abarcados debajo de una ley, conserva, no obstante esa su homogeneidad, un carácter propio é incomunicable, que lo distingue de todos sus congéneres y hace que no sea aplicable á unos la interpretación, ó sea la adaptación del precepto hecha para otros, y que se requieran, por esto, tantas interpretaciones directas de él como casos vayan ocurriendo. Por otra parte, aun supuesta la identidad de dos hechos, de dos concursos ó combinaciones de circunstancias, de dos situaciones de derecho, la relación entre

(1) Apéndice citado, págs. 292 y sigs.

Digitized by Google

estas situaciones ó hechos y la regla ó precepto general, no obstante ser relación objetiva, necesaria, única, puede no presentarse al entendimiento del intérprete tal como ella es, puede el entendimiento apreciarla en el un caso de un modo y en el otro de un modo diferente, equivocado éste, acertado aquél, ó en parte aceptados y en parte erróneos entrambos. Puestos á decidir simultáneamente dos juzgadores, ó en tiempos sucesivos un juzgador, sobre un mismo hecho y aplicando una misma ley, los vemos á menudo dictar sentencias diferentes, y aun opuestas, y sin que tenga en ningún caso que reprocharles nada la conciencia. El hecho no tiene para qué asombrarnos: otro tanto les sucede á los legisladores. No siempre empañan la vista del espíritu unas mismas sombras; las impresiones y sucesos del mundo exterior y del propio cuerpo, que vienen á perturbar en sus funciones críticas el espíritu del juzgador, sobrevienen y obran con intermitencia y casi siempre circunstancialmente: además, el juicio, como todo en el espíritu, es progresivo, pasa por edades, acumula experiencias, llega á adquirir en fuerza de ejercicio una como doble vista, con que adivina y descifra la verdad por intuiciones cuasi proféticas de que le sería muy difícil dar razón y cuenta. Las mismas variaciones que experimenta cada uno de nosotros en la vida común, donde es tan frecuente que veamos las cosas y las personas del modo más diverso con sólo que se interponga un leve incidente, á veces el mero transcurso de tiempo, es fuerza que las experimentemos cuando órganos del Estado en cualquiera de sus poderes; no comunicándosenos por el hecho de la delegación ninguna nueva virtud que antes no tuviésemos. Y siendo lo natural, en ley de biología, que los juicios segundos sean más acertados que los primeros, ha de condenarse por fuerza todo intento encaminado á subvertir este orden lógico, erigiendo la obra de los primeros momentos en tipo y modelo para siempre. La obra del juez es una obra de convicción. Constituído para interpretar la ley en casos dados, no debe interponerse entre él y la ley nin-

Digitized by Google

gún elemento extraño: su juicio debe recaer directamente sobre ella. Llamado á concretar la *declaración impersonal* del legislador para dar pauta á un *estado jurídico* determinado y personalísimo, tiene como premisas forzadas esas dos, y lo que él ha de poner de suyo es el juicio para interpretar á entrambos y relacionar la una con la otra. Dadle definido y fallado el hecho, como dicen que sucede en el juicio por jurados, y ha dejado de ser juez para convertirse en un mero auxiliar del verdadero juzgador, que es el Jurado. Dadle una fórmula judicial, que sea la interpretación dada por otros á la ley con anterioridad, para que se atenga á ella, y tampoco será juez; será un pedáneo, llamado á relacionar un elemento de que tiene convicción con otro de que no la tiene ó de que la tiene contraria: una monstruosidad. El formar juicios no es cosa arbitraria, como querer ó no querer: dados los términos «hecho jurídico» y «ley general», fuera de nosotros, la verdad de ellos y de su relación se nos impone á pesar nuestro, por modo objetivo, sin que valga el que los demás nos digan que, ó la ley, ó el hecho, no son tal como á nosotros se nos representan. Por esto la interpretación entra como función esencial y *sine qua non* en todo juicio; es personalísima, propia de todo juzgador, cualquiera que sea el lugar que ocupe en la jerarquía del orden judicial; y debe extenderse á todos los elementos integrantes en el juicio, sin traba ni limitación de ningún género». Y Cogliolo escribe también: «Son raros los casos á los cuales provee de un modo expreso el Código: por lo que, en la mayor parte de ellos, la norma debe ser formada con los métodos lógicos de la interpretación, de la analogía y de la *ratio legis;* hay además el vasto campo de los llamados *principios generales del derecho*, en el cual la obra del juez debe inspirarse en la ciencia, y encontrar su mayor importancia en la mayor libertad» (1). Esto, que los autores citados dicen de la jurisprudencia, con aplicación principalísima, si no exclusiva, al orden

(1) Ob. cit., pág. 46.

Digitized by Google

de las relaciones que se llaman civiles, puede y debe decirse perfectísimamente, en nuestro juicio, de las relaciones del orden penal. Ahora, claro está que el sentido y el valor que con esto adquiere dicha fuente jurídica exigen como condición esencialísima, *sine qua non*, la ampliación del arbitrio judicial y la abolición del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en la manera que más atrás (cap. I) queda expuesta.

41. Quédanos sólo por tratar la cuestión siguiente: Si *todos* los tribunales han de poder formar jurisprudencia, si no ha de haber *uno* que tenga facultad exclusiva de declarar cuál es el verdadero sentido de las leyes que rigen en el país, ¿no vendremos á concluir por hacer de la administración de justicia penal un verdadero caos, por autorizar á los tribunales para dictar sentencias contradictorias, haciendo que lo que hoy se tiene por justo se tenga por injusto mañana, por justo en un sitio lo que en otro se considera injusto?

Comenzamos por declarar que para nosotros no hay el menor inconveniente en esto, antes bien es una exigencia de la manera como parece que debe ser entendida racionalmente la administración de justicia, y especialmente la administración de justicia penal. En efecto, según queda dicho, ésta no puede ni debe ser absolutamente igual para todos, ni en todos los momentos ni ocasiones. Precisamente una de las más frecuentes causas de injusticia proviene de la pretensión de igualdad y uniformidad abstractas, que tan grata suele ser á los legisladores presuntuosos y á los juristas que no tienen en cuenta que en la vida no hay siquiera dos hechos por completo idénticos, lo mismo que en la naturaleza tampoco hay dos hojas, dos productos, enteramente iguales. En la posibilidad de tomar en cuenta la fecundísima é inagotable variedad de los hechos, de los actos y de las situaciones, está justamente el mayor mérito de la jurisprudencia; «por eso no puede imprimirse á ésta una forma cerrada, como á la ley, sino al revés, mudable como su contenido». Además, los temores que inspira hoy á muchos la idea de dejar facultades á cada tribunal para

Digitized by Google

que juzgue en asuntos penales sin sujetarse estrictamente á una ley ó á una doctrina *legal* fijada de antemano, sino guiándose por los dictados de la razón en cada momento y en cada caso, no tendrán fundamento cuando se estime que la misión del juez en tales materias consiste, más bien que en aplicar ciegamente la pena al delincuente en forma de reacción, de castigo, de mal, por el mal que él ha ocasionado, en determinar las causas que hayan podido colocarle en la situación desgraciada de criminal, y en arbitrar y aplicar los oportunos medios para desarraigarlas, atenuar sus efectos, etc. Y como tales causas pueden ser muy varias, cruzarse y obrar de muy diferentes modos, resulta que los remedios adecuados tienen que ser también infinitamente variables y no pueden ser fijados de antemano por la ley ó por el Tribunal Supremo, sino que han de ser determinados en cada caso particular por el juzgador, después de un examen y estudio detenidos, escrupulosos, del hecho, del agente, de las circunstancias que á uno y otro rodearan, etc., etc. El querer que los tribunales administren la justicia penal con sujeción escrupulosa á la ley establecida de antemano, ó á lo que por ley debe entenderse, según declaración previa de un tribunal, so pretexto de que, de otra manera, se introduce una variedad abigarrada y confusa, es lo mismo, exactamente lo mismo, que pretender que el médico cure aplicando en todos los casos los remedios fijados con anticipación en un formulario, en la manera y cantidad como se fijan, y prescindiendo completamente de la singularísima situación del paciente; porque de otra suerte vendría á resultar que no todos los enfermos se curaban de la misma manera, con perjuicio de la uniformidad que la terapéutica exige. Ó sería tanto como pretender que una junta central de medicina (por ejemplo, el Colegio de Médicos de Madrid) determinase la manera precisa é invariable como debían curar todos los médicos de España.

El que todos los tribunales pudieran formar jurisprudencia y dar á las leyes la inteligencia que creyeran más adecuada en cada caso, trae como consecuencia obligada la supresión del

Digitized by Google

recurso de casación, y con ella, la del Tribunal Supremo (1); pero aun cuando estas instituciones continúen, no por eso es imprescindible el privar á los tribunales inferiores de la función esencial á todo juzgador, ó sea la de formar jurisprudencia: pues «la función de garantir el derecho de los litigantes (aquí, de las partes que intervengan en el juicio penal) contra la interpretación equivocada de las leyes, y la función de crear la jurisprudencia, son muy diferentes: lo primero es un juicio; lo segundo, un resultado» (2). Esto , en el caso de que para la administración de justicia penal haya necesidad de leyes, porque es muy posible que no la haya, como luego diremos, y entonces ni siquiera habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley, ni, consiguientemente, al recurso de casación por infracción de doctrina legal.

Ahora, con el fin de que los tribunales, al dictar sus fallos, al administrar justicia con toda la amplitud y libertad que deben hacerlo, pudieran aprovechar las enseñanzas que les ofrezcan los demás tribunales y jueces; es decir, con el objeto de que pudieran aprovechar la jurisprudencia como fuente jurídica, como luz y guía para sus propias decisiones, y con el ob-

---

(1) El Sr. Costa, en su ponencia al Congreso de Jurisconsultos de Barcelona, en 1888, y en su *Proyecto de ley de bases* para la reorganización del Notariado, del Registro de la propiedad y de la administración de justicia, propone la supresión del recurso de casación y del Tribunal Supremo, por «perturbadores para la formación de la jurisprudencia», por «incompatibles con la vida normal de la misma» y por «no responder á ninguna categoría racional en el derecho» (*Reorganización*, etc., págs. 290 y 346). Las razones que aduce son, sin duda alguna, de mucho peso, y por nuestra parte, no tendríamos inconveniente en aceptar la reforma ó supresión que propone, aunque tal vez el hacerla de repente originara mayores perjuicios que los que se trata de evitar. Lo que desde luego podría hacerse, aun cuando el recurso por infracción de ley continuara subsistiendo, es derogar el art. 22 del Código penal, y conceder á todos los tribunales la necesaria libertad para interpretar la ley y para formar jurisprudencia. Mas lo acertado y lógico es, sin duda, la supresión del recurso; esto no puede negarse.

(2) Ponencia citada del Congreso de Jurisconsultos de Madrid, 1886, pág. 14.

Digitized by Google

jeto de que se lograra entre los diferentes órganos del poder judicial, no una uniformidad mecánica y exterior, que combatimos, sino una uniformidad interna, una verdadera comunión y acuerdo intelectual, podría constituirse una institución especial, «un centro reductor, presidido por un jurisconsulto, con la misión, no de crear la jurisprudencia, que esto incumbe privativamente á los tribunales, sino de sistematizarla, sincretizándola en lo que llamaríamos, para abreviar, con una palabra del tecnicismo jurídico de Roma, el *edicto,* y de refundir éste periódicamente, haciendo una edición nueva de él todos los años (1). Dicho centro sería distinto é independiente del poder judicial, para que el órgano uniformador no fuese, como ahora, juez en propia causa y pudiera tomar en cuenta la jurisprudencia de *todos* los tribunales indistintamente. Examinaría y clasificaría todas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, por las Audiencias y por los juzgados de primera instancia (en el orden criminal, serían las prácticas de los juzgados instructores); cotejaría las formas más comunes de interpretación observadas en ellas, con las leyes y doctrinas interpretadas; y de ese estudio sacaría por consecuencia que tal regla debía adicionarse al edicto; que tal otra debía subrogarse en lugar de su correlativa, registrada en él anteriormente; que tal parte del edicto renovado conservaba su aceptación y debía quedar en la edición nueva, etc.: junto con lo general y más frecuente, apuntaría las variantes, aun las más singulares, en que á las veces se anuncian sentidos nuevos llamados á desarrollarse y prevalecer en lo futuro, etc., etc. Al recurso de casación quedaría por objetivo el mismo de la apelación, el interés privado de los litigantes (2); y respecto del interés pú-

(1) Las Comisiones legislativas, de códigos, etc., las cuales ayudan al poder legislativo á preparar las leyes, ó las preparan directamente ellas mismas, ateniéndose más ó menos fielmente á las bases discutidas y aprobadas en el Parlamento, ó careciendo hasta de tales bases, podrían servir de precedente para la instauración del centro de que aquí se habla.

(2) Esto, en el caso de que deba continuar existiendo; pues, según se ha

Digitized by Google

blico, ya queda dicho que las sentencias del Tribunal Supremo concurrirían, al igual de las de primera y segunda instancia, á formar la jurisprudencia ó doctrina legal. Dicho elevado Tribunal seguiría creándola ó definiéndola; sólo que no sería el único á definirla ó á crearla». El edicto formado de esta manera no tendría—claro está—fuerza obligatoria, sino que, á pesar de él, los tribunales continuarían siendo libres en la interpretación de las leyes (caso de haberlas).

«Las ventajas que esta institución, si se adopta algún día, ha de reportar, son muchas y muy calificadas», dicen perfectísimamente los firmantes de la ponencia tantas veces citada. Entre otras, exponen las siguientes, que son, á nuestro entender, indiscutibles, y que por sí solas bastarían para que sin pérdida de momento se debiera instaurar el centro reductor de que se ha hablado. «Ese gran caudal de experiencia atesorado en los estilos de las Audiencias y de los Juzgados (1), se habrá puesto al alcance de todo el mundo: así como ahora, con un trabajo ímprobo, no se llega á poseer sino una parte mínima de la jurisprudencia, y aun ésta poco definida, entonces, gra-

---

indicado (nota 1 de la pág. 121), acaso deba desaparecer radicalmente, aun para los asuntos que hoy se consideran, equivocadamente, como de mero derecho privado, de puro interés particular. La desaparición de dicho recurso en el orden penal tiene, á nuestro entender, menos dificultades que en el civil: en primer término, porque salvo pocas excepciones (los llamados delitos *privados*, en que se supone, erróneamente por supuesto, que el interés social no tiene intervención alguna), los asuntos criminales son de interés público, y la administración de justicia en ellos no puede quedar al arbitrio de los particulares; y en segundo término, porque no siendo quizá necesario que haya leyes penales, como pronto indicaremos, claro está que no puede haber lugar á recurrir de la sentencia de un tribunal porque las haya interpretado mal, ó porque se haya separado de la interpretación dada á las mismas por otro ú otros tribunales en casos anteriores.

(1) Los autores de la ponencia se refieren, como siempre, de una manera exclusiva, ó cuando menos muy predominante, á las relaciones del orden civil; pero á nosotros nos parece que sus razonamientos son exactamente aplicables también á la materia penal.

Digitized by Google

cias al edicto, con un esfuerzo mínimo se conocerá toda... Por ministerio suyo (de la jurisprudencia) se generalizarán rápidamente las variantes más racionales y más consonantes con el espíritu de la sociedad en cada tiempo: los tribunales inferiores saldrán de su aislamiento; puesto cada uno de ellos en relación de pensamiento con todos los demás por medio del edicto, se cambiarán en él los resultados de su labor individual, haciéndose con esto más uniforme, más fecunda y menos penosa que ahora la obra del juzgador... Consolidada (el pretor romano habría dicho *traslaticia*) por el espíritu conservador, que es propio de la función judicial, en aquello que significa atributos permanentes de la naturaleza humana («en cada período de tiempo», añadiría yo), cualidades intrínsecas de una civilización ó convicciones de una colectividad durante un período más ó menos largo de su historia, la jurisprudencia puede decirse que es antigua siempre, penetra, al modo de los aforismos de la sabiduría popular, en el fondo de la cultura general, y va rodeada de todos los prestigios de la tradición: por otro lado, hallándose sometida incesantemente al contraste de la realidad, revisada todos los días, retocada todos los años, sin pretensiones de infalible y de sagrada como la ley, en continuo movimiento desde el hecho al derecho y desde éste á aquél, viviendo sólo para el minuto presente, no tiene tiempo de envejecer y hacerse desusable: de esta suerte, siempre nueva y siempre antigua, vivifica la idea del derecho y lo desenvuelve por un proceso de evolución, más que seguro, infalible; mantiene en perpetuo equilibrio y armonía el pensamiento con la realidad, los ideales relativos de cada tiempo con las máximas positivas á que tienen que atemperarse los actos humanos para ser legítimos; y descarga á los organismos legislativos de la grave responsabilidad que más ó menos merecidamente se les suele achacar, porque dejan de hacer aquello para que son, y no pueden menos de ser, incapaces, según tiene acreditado una larga experiencia. La jurisprudencia, organizada de esta suerte, sirve como depósito donde se van acumulando los cambios

Digitized by Google

insensibles que experimenta en su sentido jurídico la comunidad social, y que no podría percibir el legislador, para que éste los recoja cuando formen un cierto caudal que haya preexistido sin cambios apreciables durante cierto tiempo. La ciencia y la opinión común pasan así á la ley por una como infiltración incesante, después de haber hecho alto en esa estación intermedia de la jurisprudencia y de haber tomado en ella cuerpo y sangre.» Además, la publicación anual de la edición oficial de la jurisprudencia, esto es, de todas las sentencias, ó al menos las de las Audiencias (1), «habría de producir, entre otras ventajas indirectas, estas dos: servir de estímulo poderoso á los jueces y á los magistrados para que pusieran todo el esmero y estudio necesarios en la resolución de los asuntos que la ley ó los particulares les confían; y ofrecerles un antemural, tras del que defenderse contra el asedio que tienen puesto de continuo á su imparcialidad y á su rectitud, intereses bastardos, económicos y políticos, el halago, la amenaza, la amistad ó la enemistad, hasta el agradecimiento» (2).

---

(1) A nuestro entender (y según hemos dicho en el citado *Estudio crítico*), en un sistema racional de administración de justicia criminal, ó sea en un sistema penal puramente *preventivo*, no será posible dictar sentencias definitivas sino para lo que se refiera á la reparación del daño causado por el delito: en lo tocante á la aplicación de la pena y á la adopción de los medios más apropósito para remover ó atenuar las *causas* de *futuros* delitos, no cabrá hacer otra cosa que dictar providencias *provisionales*.

(2) Ponencia citada, de los Sres. Pantoja, Oliver, Giner y Costa, páginas 15 19.—Todas estas ventajas podría seguramente producir la reforma que en el texto se propone. Pero las condiciones actuales de nuestra sociedad y de nuestros organismos judiciales no son las más apropósito para que, caso de establecerse de pronto el centro reductor que se propugna, hubiéramos de sentir inmediatamente sus resultados beneficiosos: la educación entera de nuestro pueblo, y sobre todo la educación y hábitos de nuestros tribunales y magistrados, habrían de servir de poderosísimos obstáculos. Por eso, una de las primeras cosas que hay que hacer, es preparar el ambiente, para que la reforma sea exigida por la opinión, y se verifique, en lo tanto, en condiciones viables. Esto se puede lograr consagrando las actuales revistas jurídicas una sección permanente, y creando revistas nuevas que se consagren por entero, como en otros

Digitized by Google

42. Suelen disputar los escritores acerca de si debe considerarse como fuente jurídica lo que se llama *derecho científico*, *doctrinal, teórico*, *opiniones de los jurisconsultos*, etc.; mas la discordancia versa generalmente sobre el valor que este medio puede tener en las otras ramas del derecho que no sean la penal, siendo unánime, ó poco menos, el acuerdo en cuanto á estimar que en esta última no tiene eficacia alguna. Ni siquiera acostumbran á ponerse tal cuestión, teniendo como axiomático é indiscutible lo de que no hay otra fuente del derecho penal más que la ley. Ahora bien: lo mismo que se ha dicho tocante á las demás fuentes antes estudiadas, cabe decir de ésta: ó sea, que es preciso hacer extensivas á la materia penal las consideraciones aplicables á todas las otras disciplinas jurídicas.

En efecto, lo mismo en este orden que en los restantes, los jurisconsultos son los órganos más avisados de la sociedad, los que indagan é interpretan sus exigencias, los que «asumen la representación jurídica del pueblo, el cual alcanza en ellos la clara conciencia, plena, científica, de su propia obra».

Los más ilustres representantes de la escuela histórica, como Savigny y Puchta, considerando que los jurisconsultos, no solamente interpretan, aplican y elaboran el derecho positivo, sino que señalan y llenan los vacíos de éste, colocaron el derecho científico al lado de la ley y la costumbre, como fuen-

---

países sucede, á publicar, comentar y criticar las sentencias que dicten todos los tribunales, fijándose especialmente en las más importantes y en las que representen alguna novedad aprovechable. De esta suerte se iría logrando la necesaria comunicación entre unos y otros organismos judiciales, se irían reformando y desarraigando los hábitos viciosos y rutinarios de éstos, reemplazándolos con otros de mayor independencia de juicio y de mayor ilustración, y se iría haciendo poco á poco un lugar á la ciencia en los fallos del poder judicial.

Para un estudio más detallado de la cuestión de la jurisprudencia como fuente de derecho, véase la ponencia del Sr. Costa al Congreso de Barcelona.

Digitized by Google

te complementaria de ellas (1). Sabida es también la grandísima importancia que en tiempos anteriores, sobre todo en sociedades poco desenvueltas, ha tenido este medio (2). Hoy mismo, el influjo de las ideas sobre el derecho positivo «se manifiesta de una manera evidente en aquellas esferas que carecen por tiempo de un Estado bien definido y de órganos determinados y fijos: como acaece, por ejemplo, en nuestros días en el derecho internacional, donde las potencias invocan á cada paso, para justificar sus pretensiones, las doctrinas enunciadas por los más reputados escritores» (3). La generalidad de los autores creen, sin embargo, que la ciencia no puede considerarse como fuente del derecho, es decir, que los principios y sentencias de los cultivadores de la misma no pueden ser invocados como norma para resolver las contiendas y cuestiones jurídicas que puedan originarse, para administrar justicia; mas todos reconocen el gran valor de los trabajos de los doctos en la preparación de lo que debe mañana llegar á ser derecho positivo (4). En puridad, pues, todos admiten que el

(1) Véase Ahrens, *Enciclopedia jurid.*, trad. esp , t. I, págs. 130 31.

(2) Recuérdese la intervención que tuvieron en la formación del derecho romano: los antiguos jurisconsultos, que *jura condiderunt*, según dice Gayo; la ley de *citas*, que convirtió las opiniones de los jurisconsultos en fuente legal del derecho, etc.

(3) Giner y Calderón, *Resumen de filos. del der.*, pág. 192.

(4) «Concretada á su verdadero fin, no puede ser la ciencia fuente de ningún género para el derecho positivo; no le toca establecerlo, sino elaborar y perfeccionar, por una parte, el producido en la costumbre y la ley; *indicar*, por otra, *sus vacíos*, sentar los principios con que pueden completarse; más todavía, *contribuir, influyendo en las convicciones del pueblo, á la formación de un derecho consuetudinario supletorio*, y PREPARAR, *finalmente, el camino á la legislación ulterior*». (Ahrens, ob. cit., t. I, págs. 133 34.) Los jurisconsultos «interpretan las necesidades del pueblo, perfeccionan las formas de los actos, formulan las pocas costumbres que nacen, *preparan las futuras reformas...*» (Cogliolo, ob. cit., pág. 79.) «La declaración doctrinal del escritor tiene de común con la regla jurídica el fondo intelectual, mediante el que una y otra son igualmente expresiones de la convicción jurídica del sujeto que las asienta. Pero falta al jurisconsulto la autoridad necesaria para convertir esa con-

Digitized by Google

derecho científico sea fuente jurídica, sólo que *indirecta:* todo es cuestión de grado, de más ó menos.

Ahora, nosotros creemos que con esto basta. Conque se reconozca que los jurisconsultos, en tanto que órganos de la sociedad, pueden y deben recoger las inspiraciones de ésta, secundarlas, formularlas en afirmaciones categóricas, interpretar los deseos de la misma, ilustrarla, dirigirla, corregir sus yerros y extravíos, traer á reflexión lo que en el fondo de la conciencia jurídica del pueblo existe como adormecido, latente, no bien definido..., se ha dado el primer paso para admitir que la doctrina de los jurisconsultos es fuente de derecho, ó sea, uno de los conductos de que el sujeto creador del mismo, la sociedad, se sirve para declararlo de un modo concreto. Llámesela, si se quiere, fuente indirecta; lo indudable es que de ella proceden las reglas jurídicas en una gran parte. Y si bien se mira, podría perfectamente decirse que la doctrina de los escritores es aun más fuente de derecho y más inmediata que la ley, supuesto que contribuye á elaborar la materia sobre que luego versan las leyes y toma su caudal de consejos y resoluciones directamente de la realidad social.

No hay, por tanto, en nuestro juicio, inconveniente en que los juzgadores, que deben ser completamente libres para la administración de justicia, acudan á la doctrina para el desempeño de su misión, para aplicar las leyes, para interpretar-

---

vicción en precepto y norma efectiva de las relaciones sociales: por cuanto el principio formulado trasciende de la esfera que puede regir como sujeto. De aquí que su afirmación revista el carácter meramente teórico de una proposición que somete al juicio de la persona (individuo ó sociedad) competente para convertirla en regla. Su acción sobre el derecho positivo es, por tanto, esencialmente *indirecta;* y la eficacia de dicha acción resulta de la autoridad que el escritor haya sabido conquistarse por su acierto para interpretar las necesidades y tendencias del espíritu público. Dentro de este límite, la función del jurisconsulto *es necesaria para los progresos del derecho. Aquí, como donde quiera, se adelanta el pensamiento en la vida á las demás actividades, las inspira, las ilustra y las corrige.* (Giner y Calderón, ob. cit., pág. 193.)

Digitized by Google

las, para colmar sus vacíos, para explicar sus vaguedades. «La obra del juez, se ha dicho, es una obra de convicción»; para obtenerla, puede servirse de cuantos medios crea oportunos. Por eso no encontramos nada de extraño en que los tribunales apoyen sus decisiones y fallos, á la vez que en otros fundamentos (legales ó consuetudinarios), en fundamentos científicos. Y esto nos parece más necesario, si cabe, que en los demás órdenes de la administración de justicia, en la administración de la justicia penal, porque los progresos aquí proceden, más que del concurso de todos, de la obra de la ciencia. Los jurisconsultos, ora como tales, ora como jueces, son los que derogaron las antiguas leyes penales; la escuela de Beccaria es la que ha elaborado todo el derecho penal que ha estado vigente en lo que va de siglo, y es probable que sin los escritores que de ella procedieron estuviéramos aún bajo el imperio de la penalidad durísima de los siglos medios, que duró hasta bien entrado el presente; en los últimos tiempos se han realizado en esta materia grandes adelantos, y no parece prudente que lo que se llama administración de *justicia* permanezca ajena á los mismos y continúe marchando como si aquéllos no existieran. El desequilibrio que tan á menudo se observa entre el derecho aparente (la ley) y el verdadero (las exigencias de la vida real), lo mismo en materias penales que en otras, no debe seguir subsistiendo; y uno de los medios más eficaces de deshacerlo es el de que los tribunales aprovechen para el cumplimiento de sus funciones los consejos de la ciencia; el de que, penetrándose bien de su papel, comprendan que lo que éste significa es, más que aplicar mecánicamente la letra muerta de la ley, vivificarla, infundir en ella el calor y la savia que suele faltarle, y que no sabe encontrar sino el que lo busca en donde se encuentra, en los resultados de la labor de los estudiosos, resultados que son como la condensación y en parte la anticipación de la labor de las generaciones.

Mas esto, que es tan evidente á nuestros ojos, y que se impone con irresistible fuerza á todo el que considere que la ad-

Digitized by Google

ministración de justicia, tanto civil como penal, es una cosa buena, y que para desempeñarla bien es preciso conceder al juez facultades amplísimas y discrecionales, confiando en su competencia y rectitud, mucho más que en las garantías exteriores y legales, esto no pueden admitirlo aquellos que, según queda dicho, estiman que el juez penal, cuando cumple su deber, hace un mal verdadero al delincuente y atenta contra sus derechos de ciudadano; aquellos que sospechan que dicho juez está siempre dispuesto á hacer más mal que el necesario, y creen, en consecuencia, que hay que cortarle en absoluto los vuelos é impedirle que acuda y se apoye en otros fundamentos que, por científicos y racionales que sean, no están contemplados por la ley. ¿A dónde iríamos á parar—pensarán tales escritores, que son hoy la casi totalidad—si se hiciera semejante concesión á los tribunales; si éstos, escudándose en la opinión de un jurisconsulto, de mayor ó menor autoridad, ó en la suya propia, pudieran crear delitos no incluídos de antemano en el Código, prescindir en ciertas ocasiones de otros que éste contuviera, penarlos con más ó menos rigor que lo que éste determina, echar mano de otros medios penales que los señalados previamente en el Código ó en otra forma de la que el mismo prescribe, etc., etc.?

Mas aquí, como siempre, no ha podido sostenerse por completo el error, y á pesar de todas las declaraciones teóricas en contrario, la doctrina de los autores es muchas veces fuente —fuente *legal*—de derecho; y no tan sólo en materia civil, sino también en materia penal. Verdad es que ya hoy ocurre esto en escala muchísimo menor que antes (1); pero no por eso

(1) Bastaba muchas veces con que se adujera en estrados la opinión de un escritor de renombre, para que se considerase definitivamente resuelta la cuestión. Esto mismo es lo que ha venido aconteciendo y acontece bastante aun hoy con los famosos aforismos jurídicos, con esos «dictados gratos al oído, que son el regocijo y el orgullo del rebaño de los leguleyos ignorantes» (Cogliolo, ob. cit., pág. 75), y á los que se presta un asentimiento incondicional, sin permitirse apenas discutir siquiera si están ó no bien aplicados al

Digitized by Google

deja de ocurrir bastante. Por una parte, para la interpretación de las palabras de la ley, se está echando mano continuamente de los comentaristas, á los cuales se les concede en ocasiones mayor autoridad que á la ley misma; ó con el auxilio de aquéllos se hace decir á ésta cosas que realmente no dice (1). Por otra parte, los abogados y los fiscales aducen muy frecuentemente, más cuanto más ilustrados y estudiosos sean, en apoyo de sus opiniones, las de éste ó el otro autor; y si los jueces las estiman razonables, no podrán menos de influir en sus decisiones. Y debe advertirse que la apelación se hace, no ya tan sólo

---

caso de que se trate. Y las sentencias del Tribunal Supremo, aducidas con más ó menos habilidad y propiedad por fiscales y abogados, ¿no se consideran como medios de resolver las cuestiones, como fundamento de las pretensiones de las partes y de las sentencias de los juzgadores, aun en el orden penal, no obstante no estar reconocidas en esta materia como fuentes *legales* de derecho? ¿Y qué son, en último resultado, tales sentencias, sino la *opinión* de determinados jurisconsultos en función de jueces? De ambos extremos debe rehuirse: el juez debe siempre ser libre para la apreciación del caso que tiene delante; su opinión no puede ser jamás subrogada por la opinión ajena; por eso, la doctrina de los autores (lo mismo que se ha dicho de la jurisprudencia), si no debe proscribirse sistemáticamente, como hoy lo está (al menos, en principio), tampoco debe imponerse como fuente obligatoria. El juez *podrá* acudir á ella, lo mismo que á la ley, á la costumbre y á la jurisprudencia, pero *podrá* disentir de ella y no aceptarla.

(1) Por ejemplo: el Código penal español de 1870 exige para que las acciones y omisiones sean punibles que hayan sido «voluntarias». Ahora, sobre lo que con esta palabra se quiere indicar hay muy variadas opiniones entre los escritores y comentaristas, suponiendo algunos que los hechos ejecutados por imprudencia (arts. 581 y 605, núm. 3.°) no son voluntarios; entendiendo otros que sí, lo mismo que todos los hechos procedentes de culpa; creyendo los más que las acciones ejecutadas por ignorancia del derecho son voluntarias, porque *ignorantia juris non excusat*, mientras que algunos creen que siendo la inteligencia un elemento necesario para la voluntariedad, los actos ejecutados por ignorancia no son penables; pretendiendo algunos que para que haya voluntad no es precisa la intención y afirmando otros que sí, etc., etc. Una cosa análoga ocurre con otras cuestiones. Ahora, ¿es posible que esta variedad de juicios de los comentaristas deje de reflejarse en los tribunales, y que en éstos prevalezca unas veces la opinión de *A* y otras la de *B* ó *C*?

Digitized by Google

á la doctrina puramente jurídica, no tan sólo á los escritores jurisconsultos, sino también á los de otras materias, como á los de medicina, psiquiatria, química, etc., etc. Por fin, ¿qué otro valor ni otra significación que el de fuente doctrinal de derecho puede atribuirse á los informes periciales, de que todos los días se está haciendo uso ante los tribunales de justicia? (1).

43. La eficacia de la ciencia como fuente juridica se manifiesta, no tan sólo indirectamente, por el influjo que las doctrinas y opiniones de los escritores pueden ejercer sobre los órganos de la administración de justicia, sino también de un modo directo en la formación de las leyes. Sabido es que éstas son elaboradas en su mayor parte por los Parlamentos, en cuyo seno se discuten y votan; y claro está que en estas discusiones y votaciones tienen que reflejarse las ideas (2) de los que en ellas toman parte, que responderán, si son ilustrados, á las varias corrientes científicas del momento. Cuanto mayor vaya siendo la comunicación intelectual, hoy apenas iniciada, entre los distintos individuos, sociedades, Estados, etc.; cuanto más vaya desarrollándose y perfeccionándose el hoy imperfectísimo y casi sin esbozar sistema de medios para esta comu-

(1) Es probable que á esto se objete diciendo que los tales informes se refieren á cuestiones de hecho, no á cuestiones jurídicas. Yo creo que esta separación entre el hecho y el derecho, de que tanto se ha hablado y que ha servido de apoyo á algunas instituciones, separación que va de vencida en la ciencia, es absolutamente insostenible. El derecho no es nada de por sí; es el hecho, ó mejor los hechos mismos *(ex facto oritur jus*, se ha dicho hace ya mucho tiempo); es la realidad misma, fuera de la cual el derecho no existe. Lo que se llama relaciones *jurídicas* no son otra cosa que relaciones reales, relaciones *de hecho:* tan pronto como estas últimas desaparecen, el derecho se evapora. Piénsese en cualquiera de las que se llaman relaciones de derecho, y se advertirá que todas ellas se establecen entre datos reales. Y las leyes, que se dice traducen el derecho, no son otra cosa que una fórmula abstracta sacada por generalización de hechos ya acontecidos ó posibles.

(2) Aunque también tengan una acción principalísima los intereses, es de notar que éstos, si bien se mira, vienen á estar dominados y dirigidos por la concepción ó la idea que el individuo se forma de lo que le es útil.

Digitized by Google

nicación (1), tanto mayor irá siendo la necesidad de tomar en cuenta, para la formación de las leyes, las diversas exigencias, aspiraciones, intereses, de las distintas partes y elementos que compongan los Estados (nacionales ó no nacionales), de oir la opinión de unos y de otros, y de obrar de manera que pueda darse satisfacción á los más. Lo cual es tanto como decir que debe estudiarse y apreciarse por todos sus lados y bajo todos sus aspectos la realidad social para que pretende darse la ley: estudio y apreciación que harán mejor que nadie aquellos que se lo hayan propuesto como fin directo de su actividad, ó sea los hombres de ciencia (2).

---

(1) Consúltese á este propósito Novicow, *Les luttes entre les sociétés humaines et leurs phases successives*, París, Alcan, 1896, libro tercero, cap. V., § III.

(2) La necesidad, á que en el texto nos referimos, de que las leyes no sean hechas á ciegas y á capricho, sino que deben ser el producto de una elaboración consciente y madurada y responder á las varias tendencias que se manifiesten en la sociedad, va sintiéndose cada día con mayor fuerza, bien reflexivamente, bien de un modo irreflexivo. A satisfacerla tienden, no tan sólo las discusiones dentro y fuera del Parlamento, en la prensa política, en *meetings* y reuniones, sino también las discusiones, ya templadas y serenas, ó ya acaloradas y parciales, que de los proyectos de ley, de los planes y pensamientos de los ministros suelen hacerse en los periódicos profesionales, en las revistas, en folletos, etc.—Tan vivamente se ha llegado á sentir hoy dicha necesidad, que se ha fundado muy recientemente una importante revista (la *Revue politique et parlementaire*, París, Armand Colin et C.ie; Director: Marcel Fournier), dedicada en exclusivo «á estudiar las cuestiones sometidas al Parlamento y á reunir todos los materiales dispersos y las indicaciones necesarias, que los hombres políticos no han tenido tiempo de buscar»; á discutir los proyectos de ley presentados á los Parlamentos de todos los países, á dar cuenta del movimiento legislativo en *todos* los órdenes, etc.—Y no hace mucho tiempo que un jurisconsulto italiano propuso la fundación de un *Instituto para las reformas legislativas*, constituído por los hombres más eminentes en las diferentes ramas de la ciencia del derecho, y cuya misión fuera la de «estudiar cuáles sean las reformas legislativas que preferentemente se imponen y cuál es el camino que debe seguirse para que mejor respondan á las exigencias que las inspiran». El *Instituto para las reformas legislativas* no tendría carácter alguno oficial, sino privado, comprendería á los juristas de todas las escuelas que quisieran pertenecer á él y fueran admitidos, con tal de que se consagraran al cultivo sereno de la ciencia, esto es, á los

Digitized by Google

44. A aquellos que, sin negar el influjo de la ciencia como fuente *mediata* del derecho, no le reconocen el valor de fuente *inmediata;* es decir, á aquellos que estiman que la ciencia sirve á lo más para preparar el ambiente de una legislación

---

amantes del estudio del derecho, que hoy viven aislados en la magistratura, en el foro, en la enseñanza superior, donde atienden á sus ocupaciones ordinarias, prefiriendo la indagación abstracta del derecho á ocuparse de las cuestiones que se ventilan en las Cámaras; y se dividiría en dos secciones: á la primera, debería corresponder la promoción de nuevas leyes y la revisión de las existentes, la simplificación y sistematización del material, tan necesarias, especialmente en ciertos órdenes; á la segunda, el indagar cuáles sean los proyectos y proposiciones de ley presentados á las Cámaras legislativas, someterlos á diligente estudio, indicar sus principales defectos y señalar las oportunas enmiendas. (Constantino Castori, *Per la fondazione di un Istituto delle riforme legislative*, en el *Archivio giuridico*, tomo LXVI, págs. 228 233, Pisa, 1891.)—Tampoco ha faltado quien haya propuesto que el Instituto ó centro de que se trata tenga carácter oficial, y al efecto se ha indicado para este fin el Consejo de Estado, que hoy existe en diferentes naciones, introduciendo en él algunas modificaciones (V. E. Tarbouriech, *Du conseil d' Etat comme organe législatif*, en la *Revue du droit public et de la science politique*, de M. Larnaude, t. II, 1894, páginas 262-285, y un resumen de este trabajo en la *Revista de Derecho y de Sociología*, t. I, 1895, págs. 79-81), una de ellas el dar intervención en dicho Cuerpo (que entendería en la preparación y elaboración de todos los proyectos de ley), además de á cierto número de senadores, diputados, magistrados del Tribunal Supremo y de Audiencia, abogados, etc., á seis *profesores de Derecho*. En el Senado italiano se presentó no ha mucho una proposición de ley encaminada á suplir el vacío á que nos venimos refiriendo. El senador Pierantoni propuso, en la sesión de 21 de Abril de 1891, la creación legal de un *Consejo superior de Legislación*, compuesto de magistrados de los más ilustres, de abogados elegidos de entre los que actuaban en los Tribunales de casación, de *profesores de Derecho, elegidos por las respectivas Facultades*, y de funcionarios administrativos *peritos* en la materia sobre que se hubiera de legislar, los cuales serían unas veces unos y otras veces otros, según la diversidad de dicha materia lo exigiera. Este Consejo *prepararía las leyes y propondría la forma* en que habían de hacerse las *interpretaciones auténticas*. Otros senadores, Parenso y Costa, reconocieron también la necesidad de la existencia de un Cuerpo que evitara las dudas que se ofrecen en cuanto á la interpretación de las leyes, recogiera los datos que justificaran la necesidad de la interpretación auténtica y los presentara al Gobierno, para que éste proveyera por me-

Digitized by Google

futura, mas no para resolver las cuestiones *de presente*, para forjar un *ideal* actualmente irrealizable, no para satisfacer las exigencias de la *realidad* actual, bueno será recomendarles las observaciones que Carnevale hace al ocuparse de *El principio*

---

dio de leyes votadas por los correspondientes órganos legislativos. (Véase *La Scuola positiva*, t. III, 1896, pág. 315.)

Claro está que en un centro como el de que se habla, encargado de formar y revisar las leyes, habría de estar de continuo penetrando el espíritu científico, y habría de estarse tomando en cuenta, más cuanto más ilustrados fuesen sus miembros, los resultados de la investigación científica.

La conveniencia de un Instituto semejante, bien sea privado, como propone Castori, bien oficial, como desean Tarbouriech, Pierantoni, Parenzo y Costa, nos parece innegable (principalmente, si es privado) para todas las esferas de la legislación, y mucho más, si cabe, para la esfera penal, donde tan radicales cambios se están realizando en la ciencia, donde tan grande suele ser el divorcio entre las exigencias de ésta y lo prescrito en los códigos y donde tan necesario se hace arbitrar medios que lo deshagan.

El Instituto que nos ocupa podría acaso ser el centro reductor de la jurisprudencia de los tribunales de que más atrás (§ 41) queda hecho mérito, el que cotejara y depurara los datos y propuestas que se consignasen en las memorias presentadas anualmente por los presidentes, fiscales, etc., de las Audiencias y Tribunal Supremo (análogamente á lo que las disposiciones adicionales del Código civil de 1899 mandan hacer á la *Comisión general de Codificación)*, y el que supliera en los pueblos modernos la función que en Roma desempeñaron el pretor y la jurisprudencia. Él podría ser el conducto, ó al menos uno de los conductos, el supremo, que hiciera posible la renovación incesante de las leyes según lo exigieran las necesidades de la vida, el que estableciera una comunicación interrumpida entre ésta y aquéllas, y el que impidiera el fenómeno, tan frecuente en nuestros días, de la separación entre el *hecho* y el *derecho*, del divorcio entre la justicia vibrante, fresca, positiva, que surge de abajo, de las luchas de la realidad, y la justicia rígida, seca, momificada en una serie de fórmulas abstractas, que se supone descendidas de lo alto.

Habrá muchos á quienes les parecerá imposible y «perturbadora» esta modificación continua de las leyes, acostumbrados como se hallan á la fijeza de las mismas. Estos tales, que son, como siempre, los que no saben elevarse á más altura que la de su *horisonte visible*, y que creen no haber más mundo que el que abarcan con su mirada miope, ni ser posible la vida en otras condiciones que en las condiciones *actuales*, las que por eso juzgan absolutamente inmutables, debieran tener en cuenta, no sólo que es perfectamente facti-

Digitized by Google

ideal en la pena (1), observaciones que son muy pertinentes á la materia de que aquí se trata.

La mayor parte—dice—llaman «ideal» á una imagen lejana, á un fantasma de nuestro espíritu, de líneas inciertas, pero nobles y bellas, que se eleva sobre la realidad presente, y hasta se opone á ésta (2). Sin embargo, aunque el ideal tenga

---

ble lo que ellos niegan, la transformación incesante de las leyes, no sólo que el progreso debe consistir y va consistiendo en estar diariamente modificando éstas, no sólo que la aspiración de los hombres inteligentes debe ser el reconocimiento de una ley específica para cada particular hecho (lo que constituye la manera privativa, incomunicable é inidentificable, de producirse el mismo), sino que hay ya países, como ocurre en Suiza, donde las leyes se pueden variar á cada momento cuando las necesidades (la petición de los ciudadanos, súbditos y legisladores al propio tiempo) lo reclamen; donde se pueden revisar y se están revisando á todas horas (por el *referendum* y el derecho de iniciativa), no ya sólo las leyes ordinarias, sino—¡pásmense los defensores de todo *statu quo!—la misma Constitución*, es decir, la ley que se considera irreformable por su propia naturaleza, el *sancta sanctorum;* donde, por tanto, las reglas legislativas proceden de donde deben proceder, de la vida misma, de la masa de los ciudadanos, del propio agregado social. (V. sobre esto un artículo de Luis Wuarin, profesor de Sociología en Ginebra, sobre *La organización de la democracia en Suiza*, en *La Riforma sociale*, t. III, 1895, págs. 185-212; Deploige, *Le referendum en Suisse*, Bruselas, 1892; C. Hilty, profesor en Berna, *Le referendum et l'initiative en Suisse*, en la *Revue de droit international*, de Bruselas, t. XXIV, págs. 384 y siguientes; C. Borgeaud, *Le plebiscite du 4 novembre 1894*, en la *Revue de droit public.*, t. II, págs. 533-540; Renard y Rossel, *Chronique du mouvement social en Suisse*, en la *Revue internationale de sociologie*, t. I, 1893, págs. 266 y siguientes, y t. II, págs. 560 y siguientes, etc.)

(1) *Crítica penal.* Estudio filosófico jurídico. Trad. esp., cap. V.

(2) Aquí está precisamente la causa de la desconfianza que en la «ciencia» suele tenerse para la solución de las cuestiones que la realidad presenta. «Una cosa es, se suele decir, la ciencia y otra *muy distinta* es la vida; aquélla es un sueño puro, ésta se halla rodeada de impurezas; entre una y otra hay poquísimos puntos de contacto, si es que hay alguno.» Y efectivamente, los que razonan de esta manera no van descaminados: porque lo que se ha venido llamando, y aun se llama «ciencia», lejos de ser, como es la ciencia, el *conocimiento de las cosas, de la realidad*, y en lo tanto, algo identificado con la realidad misma, ha solido ser una serie de especulaciones arbitrarias, de fantasías, de idealismos abstractos, que nada tenían que ver con la vida de

Digitized by Google

un sentido fantástico, la verdad es que en su nombre es en el que se realizan las acciones generosas y magnánimas. Esta concepción, por decirlo así, *sentimental* puede convertirse en positiva, y se convierte en efecto, cuando el ideal se concibe como una cosa futura, como un *mañana mejor*, al que lentamente nos vamos acercando. «Adelantando por este camino é *indagando las leyes históricas* en virtud de las cuales desde el presente se llegará al porvenir, se concibe la sucesión de los *reales*, y se da este nombre al de *hoy*, mientras que se llama *ideal* al de mañana; en tal caso, *ideal* y *real no son dos cosas antagónicas, sino dos puntos de una misma línea:* lo *ideal* no es lo *no real*, como le parece á la conciencia común, sino que es una *realidad*, prevista en el futuro *con arreglo á leyes conocidas* y tomada como punto concreto de mira por la actividad humana.»

La conducta normal de los hombres que han alcanzado un cierto grado de civilización se halla inspirada, no tan sólo por la consideración del presente, sino también por la del porvenir. Cuanto más inteligentes y civilizados sean, tanto mayor será su *previsión*.

De donde resulta que, no sólo el presente proviene del choque del pasado con el porvenir, sino que entre éste y el presente se verifica á su vez una nueva lucha, que hace que el presente no sea nunca como querría ser, sino *tal y como lo modifican las exigencias del porvenir*. «La vida social representa,

---

aquí abajo y con sus «impurezas». La especulación, la teoría, y la práctica estaban por completo divorciadas. El derecho es una de las esferas donde el antagonismo se ha acentuado más. El llamado derecho natural, y su respectiva ciencia, en vez de tener como base la vida, la realidad, la *naturaleza (jus naturalis quod natura omnia animalia docuit;* y por naturaleza se entendía entonces la *naturaleza natural*, esto es, física, no una naturaleza imaginaria, según dice Sumner Maine, en el *Derecho antiguo)*, se han convertido en una verdadera escolástica jurídica, y los escritores de estas materias no razonaban ni razonan en vista de los datos de hecho, sino haciendo prescisión de ellos (hasta donde esto es posible), «elevándose» sobre ellos y hablando de un orden jurídico «ideal», «racional» diferente y opuesto al orden del derecho positivo.

Digitized by Google

pues, un producto que surge del encuentro de las necesidades actuales con las necesidades futuras, y las instituciones que se mueven dentro de su seno *obedecen tanto á una ley ideal como á una ley real*. Los jefes de los Estados, las Asambleas nacionales, todos aquellos que concurren á la fundación de las instituciones políticas, no pueden ser menos previsores que el particular, y deben, por tanto, disponer los múltiples resortes de la máquina gubernativa, *no sólo en vista de las necesidades de hoy, sino también en vista de las de mañana*. TODA ORGANIZACIÓN POLÍTICA TIENE QUE SATISFACER UNA EXIGENCIA IDEAL, Y SI NO LO HACE, FALTA EN PARTE Á SUS FINES.»

Apliquemos estas consideraciones al orden penal. La mayoría de las gentes cree que el Código, que define y reprime las múltiples especies de delitos, debe mirar las necesidades *actuales* del pueblo, sus tendencias y sus costumbres. Por lo que aconsejarán que se estudien detenidamente y se tengan en cuenta las condiciones en que dicho pueblo se halla al presente, para que este estudio forme la base única del criterio legislativo. Mas esto contradice al principio *ideal* de la pena, el cual debe mirar, á la vez que al presente, al porvenir, é imponer, en conformidad con ello, al propio tiempo que una penalidad que responda á las condiciones presentes, una penalidad que también tome en consideración las exigencias futuras. Por lo que la ley punitiva, para no servir de obstáculo á la dulcificación de las costumbres, debe ser algo más suave de lo que exigiría el sentido común, sin incurrir en el extremo contrario, como hoy sucede con frecuencia. El legislador, por lo tanto, ha de inspirarse, más que en el sentimiento común, en la realidad actual, en el sentimiento de los doctos, de los intérpretes de la realidad de mañana y, con ayuda de los consejos de éstos, rectificar y encauzar el sentimiento popular cuando vaya descaminado. Por esto, puede y debe penar en ocasiones ciertos actos que la conciencia popular no reprueba (como el duelo, por ejemplo), ó penarlos más fuertemente de lo que ésta desearía; y al contrario.

Digitized by Google

«El principio ideal de la pena introduce en la determinación de la necesidad social, á que debe proveer la ley punitiva, un elemento que no es fácil ver, por cuanto el mayor número de los hombres percibe aquella necesidad en su parte más burda, más inmediata, con la cual está en incesante contacto (realidad presente), y no tiene ojos para ver la otra parte que se escapa al dominio de sus pensamientos y de sus acciones habituales y se le esconde en el seno de lo incierto y lo fortuito (realidad futura); esta última sólo puede ser dignamente apreciada por las minorías elevadas en la escala psíquica. Pues bien; nosotros decimos que la función de la pena es completa, cuando ésta, aun moviéndose en el terreno de la realidad, tiene los ojos fijos en el ideal, y que tal principio hace necesaria en ciertos casos la oposición de la ley contra las costumbres.

»Por consecuencia, el *principio ideal,* lo mismo en la ley punitiva que en todas las otras, no tiene como representante más que á una escasa minoría del pueblo; sólo ella puede actuarlo; esta es su misión, importante y nobilísima, en la formación de las leyes. ... La doctrina del *principio ideal* limita el poder del mayor número, de un modo bien distinto de aquel como lo hace la llamada *representación de las minorías.* Esta representación abre la puerta de las asambleas políticas á un grupo, más ó menos exiguo, de diputados que en las discusiones de los códigos pueden sostener libremente sus tesis predilectas; pero que en último caso tienen que dejar expedito el paso á la opinión de los más, á la cual le basta con serlo, independientemente de su intrínseca racionalidad. Por el contrario, la minoría de que nosotros hablamos no desciende á semejante terreno; cuando el combate comienza, su obra está ya realizada; con la enseñanza de la cátedra y de los libros, con el largo é incansable apostolado, con el concurso que prestó á la redacción de los proyectos legislativos, ha dado ya entonces vida á un conjunto de fuerzas que gravitan inexorablemente en la lucha y que son las que muchas veces deciden de la suerte de ésta. *No por no estar escrita en Código alguno, por tener una forma*

Digitized by Google

poco manifiesta á la vista y una acción menos inmediata, es la función de esta minoría menos segura en su ejercicio y menos importante en sus efectos...

»Y como, á medida que avanza la civilización humana, va adquiriendo más y más importancia la consideración del porvenir, tanto en los particulares individuos cuanto en los agregados sociales, y las idealidades (en nuestro sentido) se van cada día convirtiendo en faros más luminosos en las grandes vías de la historia, resulta que en los consorcios civilizados va adquiriendo una nobilísima dignidad la función de una clase insigne de ciudadanos que diga prácticamente á sus semejantes: «Esto es lo que os debéis á vosotros mismos y esto otro á »vuestros sucesores.» De esta suerte se forma una nueva aristocracia, abierta á todo el mundo que quiera entrar en ella, orgullosa de sus deberes, más que de sus derechos, y la cual no se opone á los principios democráticos, antes los completa y los eleva á la más alta cima de su evolución.»

45. También el derecho derogado puede algunas veces servir como fuente del derecho en materia penal, igualmente que en las otras. La vida social toda, y por consiguiente la vida jurídica, es perfectamente orgánica; los hechos todos de la misma forman una verdadera unidad, son los unos continuación de los otros, y el encadenamiento entre los mismos es tal, que no es posible decir con toda precisión dónde termina el anterior y dónde comienza al posterior. De aquí, pues, que la derogación de una ley ó código, y su sustitución por otra ley ú otro código, no implica la cesación de toda la realidad jurídica, de todas las relaciones que los primeros regulaban y su sustitución por otra realidad y relaciones que pretenden regular los segundos; sino que puede suceder, y á menudo sucede, que mucho tiempo después de haber sido reemplazada la ley antigua por otra nueva, siga existiendo en las mismas condiciones la sociedad ó el pueblo que la primera regía, y en consecuencia, que permanezca sin alteración apreciable la misma *ratio legis*. También puede ocurrir que se haya cambiado sólo en parte esta *ratio*

Digitized by Google

legis, y que haya hechos, personas, clases sociales, á quienes les convenga ya la ley nueva, pero que también haya hechos, personas, clases, etc., á quienes convenga mejor la ley antigua. En tales casos, lo prudente y lo acertado es que los jueces tengan facultades para aplicar el derecho antiguo ó el nuevo, según lo que estimen más justo (1). No consiste el derecho en someter á todos á una misma pauta, sino más bien en amoldar á cada individuo la pauta que le convenga. De esta manera se da de mano á ciertas cuestiones que tratan los autores y que no tienen sentido sino cuando se piensa que el derecho ha de ser igual para todos, que la ley, una vez promulgada, es ley para todos y siempre, etc. (2).

46. Al lado de la opinión científica debe ser colocada como fuente de derecho la opinión pública, la cual no se diferencia de la primera sustancialmente, sino en el grado, puesto que ambas tienen la misma raíz: la sociedad y sus necesidades; como el conocimiento científico no se diferencia del conoci-

(1) Para nosotros, acostumbrados como estamos al sistema de la uniformidad legislativa, esto es absurdo, por oponerse al principio de la igualdad (absoluta y abstracta); en cambio, se tiene por cosa muy natural y justa, allí donde la vida se produce orgánicamente y donde no existe la preocupación igualitaria: tal sucede, por ejemplo, en Inglaterra, donde á veces pueden ser invocadas leyes que han sido promulgadas en diferentes siglos.

(2) Así sucede, por ejemplo, con la cuestión, que tanto se ha discutido, sobre si estaba ó no derogada antes de la publicación del vigente Código civil (art. 2.°), ó podía invocarse para librarse de responsabilidad criminal, la ley 21, tit. I, Part. 1.ª, que permitía alegar la ignorancia de las leyes á ciertas personas que no habían podido tener conocimiento de ellas. A nuestro modo de ver, la cuestión, como otras análogas, no puede resolverse *a priori* y dando una norma fija y para todos los casos, sino que en cada caso especial la resolverá el juez: él es quien debe decidir si el sujeto puede invocar ó no la ley de Partida (aun vigente el Código civil), si ha habido ó no ignorancia de derecho, si, en caso de haberla habido, puede aprovechar para eximir de responsabilidad, etc.—En otras cuestiones análogas, también el juez es quien ha de resolver sobre si debe ó no acudir al derecho derogado, que puede muy bien ser, en general, pero sobre todo para determinados casos, mucho más justo que el vigente.

Digitized by Google

miento común sustancialmente, sino sólo en el grado, puesto que ambos proceden del mismo origen: la realidad y sus fenómenos. Y así como del conocer vulgar ó común se pasa insensiblemente al conocer científico, sin que pueda decirse cuándo concluye el uno y comienza el otro, y los medios de adquirir el primero son los mismos por los que se adquiere el segundo..., así también desde la opinión vulgar ó pública se pasa sin alteración sensible á la opinión científica, y los órganos por los cuales se manifiesta aquélla son, poco más ó menos, aquellos por los que ésta se manifiesta (reuniones, asambleas, prensa periódica y profesional, etc.).

De donde fácilmente se deduce que, si la opinión científica influye en la formación y aplicación de las leyes, también influye la opinión pública (1). Más aún: en los pueblos primitivos y que atraviesan los primeros grados de la civilización, el influjo de la opinión científica es nulo, porque no existe, y el de la opinión pública es casi nulo, porque comienza apenas á dibujarse; en los pueblos verdaderamente civilizados, predomina muy principalmente la opinión científica y sólo secundariamente la opinión pública, que tiende cada vez más á confundirse con la primera; en los pueblos que podemos llamar semicivilizados y semilibres (como lo es aun el nuestro), la opinión científica tiene poca importancia como fuente de derecho, entre otras razones, porque no se la conoce y menos se la teme; mientras que tiene un imperio poderosísimo la opinión pública, ó lo que se considera como los órganos más genuinos de ella, es decir, los periódicos de más importancia y circulación:

(1) «Es en vano negarlo: el espíritu social, ó llámese opinión pública, cuando es obra de la marcha lenta, constante y progresiva de la sociedad, tiene que influir de un modo directo ó indirecto, pero necesario é irresistible, en el sistema penal. Si el legislador desatiende este barómetro, no por ello faltará su influjo, pues se echará luego de ver en los tribunales, sea cualquiera la forma de gobierno. En Inglaterra, á pesar de su decantado rigorismo ó superstición legal, no se aplican las muchas penas atroces que deshonran todavía su legislación.» (García Goyena, ob. cit., I, prólogo, pág. 11.)

Digitized by Google

debiendo advertirse que esta opinión pública es pocas veces prudente, reflexiva, discreta, madurada: es más bien impetuosa, amenazadora, apasionada, hasta brutal y ciega. En ella intervienen factores poco á propósito para llegar á conseguir la verdad y la justicia, tales como el egoísmo, el espíritu de partido ó de secta, el amor propio, etc.

De cualquier manera que se forme, y ora vaya acertada, ora desacertada, lo cierto es que la opinión pública, manifestada principalmente por medio de la prensa periódica (1), influye sin la menor duda en la formación de las leyes y en las decisiones de los tribunales, determinando el sentido en que se deben hacer las reformas ó dictar los fallos, haciendo revocar éstos, ó poco menos, etc. De ello podríamos citar abundantes ejemplos, lo mismo para el orden civil que para el penal. Por razones de brevedad referiremos sólo los dos siguientes, que conciernen á las materias penales, las que ahora nos interesan más directamente.

«El clamor suscitado en Francia por el proceso de los esposos Borlet, los asesinos de sus dos tiernas hijas, se halla aún en la memoria de todos. La pena demasiada leve á que el tribunal correccional del Sena condenó á los dos monstruos (á seis meses á la madre y á dos al padre) *produjo un escándalo enorme en Francia; la prensa se indignó contra este fallo*, que era un insulto y una ironía, y dos diputados, MM. Leydet y Eugurant, presentaron á la Cámara un *proyecto de ley*, en el que proponían que esta clase de delitos fuesen deferidos al conocimiento del Jurado. El procurador de la República apeló del fallo del tribunal correccional, y el tribunal *(Cour)* de apelación, *aumentando la pena, disminuyó el escándalo*» (2).

Una cosa muy análoga ocurrió entre nosotros con motivo de la reciente (Mayo de 1894) vista de la causa conocida por *El crimen de El Escorial*. La opinión general era que el *Chato*, el

(1) Ó en reuniones, manifestaciones públicas y protestas tumultuosas.

(2) Sighele, *Le crime à deux*, Lyon, 1893, pág. 226.

Digitized by Google

autor de los monstruosos atentados y del asesinato del niño *Pedrín*, debía ser llevado al patíbulo. Para ello, tal y como las cosas llegaron á ponerse (entre otras razones, por culpa de los periódicos, que trataron el asunto con notoria y censurable incompetencia), era necesario que el Jurado apreciase la agravante de alevosía; pero el Jurado no la apreció, con perfecta razón, á mi juicio, por lo cual el tribunal de derecho no pudo imponer al *Chato* la pena de muerte. Como no podía conseguirse el resultado que se buscaba, la prensa, en vez de estudiar el caso con detenimiento, y buscar las causas verdaderas del desacierto (si es que lo había), comenzó á hacer ruido á tontas y á locas, alarmando á las gentes y echando mano del socorrido recurso de culpar al Jurado (1), porque éste no había reconocido la alevosía en el mero hecho de dar muerte á un niño (2). Tanta fué la agitación que la prensa produjo con este motivo, en representación—como ella decía—de la *opinión pública*, que la cuestión hubo de ser llevada al Parlamento, me-

(1) Es frecuentísimo entre nuestros leguleyos el achacar al Jurado los malos efectos que muchas veces produce la administración de justicia penal, y que provienen de vicios inherentes á esta última. Mientras estos vicios no se corrijan, aquellos efectos subsistirán. Precisamente, lo que se llama *exabruptos* y *torpezas* del Jurado, son en muchas ocasiones otros tantos medios de que las gentes de buen sentido se sirven para poner un remedio, imperfecto sin duda, á aquellos vicios. Bien claro se vió esto en la llamada *Causa de Varela* (V. mi artículo *Á propósito de la causa de Varela*, en *La España Moderna* de Mayo de 1894). Lo cual no quiere decir que nosotros defendamos la institución del Jurado. Con una organización de los tribunales que responda al desempeño de la función penal de un modo racional (V. nuestro *Estudio crítico* citado y el libro *Problemas jurídicos contemporáneos*, artículos primero, segundo y tercero), el Jurado, tal y como hoy lo entendemos, no habrá de existir; pero mientras dicha organización no se introduzca, el Jurado habrá de permanecer, como medio de atenuar los males de los llamados tribunales togados ó tribunales de derecho.

(2) Ya queda indicado que, á mi entender, tampoco existía la alevosía en el caso de que se trata. La alevosía implica (tanto vulgar, como legal, como científicamente) otro concepto distinto que el de acometer ó dar muerte á una persona débil por naturaleza.

Digitized by Google

diante un pregunta de un senador, y el fiscal de S. M. después de darle muchas vueltas al asunto, se creyó obligado á *satisfacer los deseos de dicha opinión*, interponiendo recurso de casación contra el fallo, recurso que sólo forzando el sentido y texto de las leyes podía interponerse.

47. Como última fuente del derecho, subsidiaria y suplementaria para todos los casos, suelen recomendar los autores y prescribir los Códigos lo que se llama «derecho natural, principios generales del derecho, equidad», etc. (1). Mas esta recomendación y prescripción no atañen al orden penal, sino tan sólo al civil (2). Ahora, cuando la razón en que esta excepción se funda (la consideración de la pena como un *mal)* desaparezca, como esperamos que desaparecerá, claro es que habrá de

(1) Claro está que cada uno de estos términos tiene su significado específico; pero aquí, para nuestro objeto, podemos tomarlos como sinónimos, porque se refieren á la misma idea.

(2) «En materia penal – dice Haus —el derecho natural no tiene, como en materia civil, la autoridad de un derecho subsidiario. No le es permitido al juez incriminar hechos que no son castigados por la ley, aun cuando merecieran serlo.» (Ob. cit., t. I, pág. 3.) Sin embargo, al mismo autor le parece demasiado absoluta esta afirmación, é imposible sostenerla sin atenuaciones. Por eso añade: «Pero en la aplicación de las leyes penales se ofrecen cuestiones de alta importancia, *cuya solución debe ser abandonada á la ilustrada conciencia* de los jueces: tales son, especialmente, las que conciernen á la imputabilidad penal, á la resolución criminal, á la falta, á la graduación de las penas. *Estas cuestiones no pueden resolverse, sino con el auxilio de los principios filosóficos.* EL JUEZ DEBE, PUES, RECURRIR Á ESTOS PRINCIPIOS *para hacer una aplicación justa de las leyes penales, y bajo este respecto, el derecho natural sirve de complemento al derecho penal positivo*» (Ibidem). Con lo cual, después de haber negado que el derecho natural pueda servir de fuente del derecho penal, viene á afirmarse lo contrario. Y debe advertirse que Haus es quizá el autor más devoto y más esclavo del aforismo *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*, uno de los más celosos defensores de las libertades y garantías del ciudadano y uno de los menos dispuestos á conceder amplitud á los jueces penales. Pero, en presencia de la abrumadora fuerza de la realidad, no ha tenido más remedio que contradecirse, como por lo demás les sucede á todos los que se colocan en una posición análoga á la suya. (V. también Trébutien, *Cours de droit criminel*, 2.ª ed., París, 1878, t, I, introd.)

Digitized by Google

desaparecer asimismo la excepción. Por lo demás, no deja de parecer extraño el que en un ramo de la *administración de justicia* hayan de prescindir los tribunales de los «principios generales del derecho», de la «equidad», del «derecho natural», etc., para atenerse estrictamente á la ley, ó para cruzarse por completo de brazos cuando esta última no disponga nada sobre el particular. Sin duda, la observación que tan á menudo suelen hacer los escritores, á saber, que la ley en tanto es ley, que el derecho positivo en tanto es derecho, en cuanto se inspire en el derecho natural y lo traduzca, y que la administración de justicia debe procurar que el derecho natural reine sobre la sociedad, rija la vida de ésta y se sobreponga al texto muerto de la ley, no es aquí aplicable.

Pero claro es que, una vez que la excepción desaparezca y que la disposición del art. 6.º, párrafo segundo, del Código civil español—análoga á la que contienen otros Códigos civiles extranjeros,—se aplique también á la materia penal, se abre aquí una brecha (abierta ya en lo civil) por donde forzosamente tendrá que introducirse en los tribunales el arbitrio judicial, y se dará un golpe de muerte al aforismo famoso *nullum crimen sine lege, nulla pœna sine lege*. Pues ¿qué es lo que por «principios generales del derecho» deberán entender los tribunales y jueces? ¿Qué es lo que han de entender por tales, hoy, á tenor de lo dispuesto en el mencionado art. 6.º del Código civil? En parte alguna se hallan definidos ni pueden estarlo (1); y por consiguiente, no hay otro remedio que cometer la

(1) Si lo estuvieran, tendríamos un verdadero decálogo del derecho, en el cual se hallaría encerrado todo éste, y fuera del cual no habría una sola relación que pudiera llamarse jurídica. Entonces es cuando la misión del legislador y del juez serían bien fáciles: el primero formularía en leyes y de una vez para siempre *todo* el derecho, y el segundo no tendría que hacer otra cosa más que aplicarlo rigurosamente, sin poder separarse un ápice de lo prescrito de antemano. Precisamente lo que se busca con la frase vaga de «principios generales del derecho», á los cuales se obliga al tribunal á acudir en los casos de silencio, oscuridad ó deficiencia de las leyes, es librarle de la escla-

Digitized by Google

definición de los mismos á la conciencia libre del juez en cada caso y momento particular (1). Ahora, la conciencia del juez no es una cosa quieta, segura, inflexiblemente igual en todos los momentos y situaciones, formada como de una pieza y de una sola vez, sino movible, progresiva, variable, según las circunstancias, en perpetua formación; ni es tampoco la misma en todos, sino diferente en cada individuo, según la educación que haya recibido, las mejores ó peores disposiciones heredadas, el medio en que ha vivido, en suma, según todo el conjunto de influencias que sobre cada uno haya obrado. De donde resulta, por una parte, que los «principios del derecho» son tan distintos como los sujetos que se constituyen en sus intérpretes, y por otra, que para hacer tal interpretación, se sirven y deben servirse éstos de todos los medios que su conciencia les aconseje en cada caso, ó lo que es igual, no sólo de lo que el legislador haya dispuesto, sino de lo que la sociedad, en cuyo nombre va á dictar el juez su fallo, estima conveniente, es decir, justo, adecuado, bien por haberlo así manifestado ella misma ó *sus* tribunales en ocasiones anteriores análogas (costumbre, jurisprudencia), bien por expresarlo sus más avisados representantes (los hombres de ciencia, los jurisconsultos, los experimentados, los prácticos, los peritos), bien por algún otro motivo racional (ó sea, de exigencia real). En una palabra, cuando los autores y las legislaciones aconsejan y mandan á los magistrados que acudan, para bien desempeñar su misión, á los «principios generales del derecho», al «dere-

---

vitud de éstas, á que injusta é inútilmente se ha pretendido en algún tiempo reducirlo; reconociendo que el derecho no puede hallarse nunca encerrado y aprisionado todo él en los moldes legales, sino que hay que buscarlo muchas veces fuera de éstos y aun contra lo que las leyes ordenan.

(1) Este es forzosamente el sentido que, con conocimiento ó sin conocimiento de la trascendencia que entrañan y de su incongruencia con otros preceptos legales, se ha querido dar á los artículos 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal de 1882 y 72 de la ley del Jurado. Con lo que se cae en brazos del tan abominado arbitrio judicial.

Digitized by Google

cho natural», á la «equidad», ó no hacen más que consignar una frase sin sentido, ó lo que quieren es que los tribunales desempeñen su papel en cada caso lo mejor y más acertadamente posible, recogiendo todas las enseñanzas y elementos que puedan servirles para ello, es decir, acudiendo á *todas* las fuentes, cualesquiera que ellas sean, donde recibir inspiraciones acertadas para decidir con arreglo á derecho. Estas fuentes, claro está, no pueden encontrarse en otro sitio sino en la misma vida real, fuente fundamental y primera de toda justicia.

48. Los escritores acostumbran á hacer una división de las fuentes del derecho en inmediatas y mediatas, considerando todos como inmediata la ley, y algunos además la costumbre, y como mediatas todas las demás. Esta distinción, que desde nuestro punto de vista no tiene defensa, parte sin duda del prejuicio de considerar que no hay más derecho que el legislado, que, por tanto, sólo la ley es la que puede servir de norma á los tribunales, y que únicamente á falta de ley, cabe acudir á los demás medios que vienen preparándola. Los autores que mantienen esta concepción se representan el derecho como elaborándose mediante un proceso, podríamos decir rectilíneo, cuyo último momento es el de la formulación de la regla jurídica hecha por el legislador, y el cumplimiento de la cual está protegido por medio de una acción. Para algunos, no hay más derecho verdadero que el que este último momento representa; no hay, por consiguiente, más fuente jurídica *inmediata* que la ley; todas las demás son fuentes *mediatas*, momentos de *preparación* de aquélla. Otros dan un paso más, y consideran como fuente inmediata, juntamente con la ley, á la costumbre, que es la más próxima á la misma; pero no avanzan más: todas las otras fuentes son para ellos mediatas. Hay también quien á las anteriores añade la jurisprudencia como fuente inmediata; y no falta quien también añade el derecho científico.

Todas estas opiniones son exactas, aunque sólo en parte; la más lógica, sin embargo, dado el punto de vista falso que se adopta, es la primera. Todas son exactas, decimos, porque el

Digitized by Google

considerar mediatas ó inmediatas éstas ó las otras fuentes depende, más que de nada, de la apreciación del sujeto; así, que aun dando dos escritores el mismo valor á una misma fuente, el uno puede llamarla mediata y el otro inmediata (por ejemplo, la jurisprudencia ó el derecho científico). Pero la opinión más lógica es la primera, porque, considerando que el medio único, ó cuando menos el principal y *primero*, á que los tribunales deben acudir es la ley, sólo ésta debe ser llamada fuente inmediata, siendo todas las demás mediatas ó preparatorias de ella. A nuestro modo de ver, tanta razón tienen los que incluyen en el primer grupo la costumbre como los que la excluyen, los que incluyen el derecho científico como los que lo excluyen: todo es cuestión de dividir la línea mediante la cual se representan el proceso de formación del derecho (ley, costumbre y jurisprudencia, derecho científico y derecho natural ó principios generales del derecho) un punto más allá ó más acá; pero la línea queda tan entera é inseccionada *realmente* en el un caso como en el otro (1).

La distinción que ya tiene más verdad, desde el punto de vista del derecho positivo, es la de las fuentes en principales y subsidiarias ó supletorias (2).

Ahora bien: á nuestro juicio, las divisiones anteriores de

---

(1) La imposibilidad de distinguir entre fuentes inmediatas y mediatas, como no sea de un modo arbitrario, se advierte con sólo tener en cuenta la diversidad de legislaciones vigentes en los varios países y en un mismo país en distintas épocas: según sea la legislación de que se trate, así serán fuentes inmediatas ó mediatas unas ú otras: es más, aun considerando una misma legislación, pueden estimarse por unos como inmediatas las que otros considerarán como mediatas. Por ejemplo: según el art. 6.° de nuestro Código civil, ¿qué clase de fuentes son la costumbre y los principios generales del derecho, mediatas ó inmediatas? Y en vista de la existencia del recurso de casación en lo civil por infracción de *doctrina legal*, ¿qué clase de fuente es la jurisprudencia, mediata ó inmediata? Si son inmediatas, ¿en qué se diferencian de la ley? Y si son mediatas, ¿en qué categoría colocaremos el derecho científico, al cual no se le reconoce fuerza legal alguna?

(2) Artículos 6.° y 12 del Código civil.

Digitized by Google

las fuentes del derecho, sobre no ser posibles con arreglo á un criterio fijo, son de todo punto innecesarias. Para la administración de justicia (lo mismo civil que penal, pero acaso más todavía para esta última que para la primera, dado el grado de cultura, no muy alto, que alcanzamos), la guía primera que el juez debe tener es su propia conciencia, insustituíble por ninguna otra exterior á ella. Lo que se llama fuentes del derecho serán para él otros tantos medios de llegar á la convicción que el desempeño de su función requiere, pero no ha de imponérsele como obligatorio el echar mano de ésta ó de aquélla, ni el dar preferencia á unas sobre otras, por el orden de antemano marcado. Debe dejársele completamente libre; el trabajo de selección de fuentes ha de ser personal, no impuesto. Para él, no habrá distinción preestablecida entre fuentes inmediatas y mediatas: si la justicia (la adecuación) lo exige, podrá prescindir de la ley ó de la costumbre que considere inaplicables ó descaminadas, y ampararse en el derecho científico, ó en el derecho derogado. Lo que no podrá hacer es sustituir lo razonable por lo caprichoso; por eso sus providencias, decisiones, etc , deberán siempre ser fundadas, y podrán discutirse. Ni sus resoluciones han de ser indefectiblemente firmes y definitivas; al contrario, si encuentra motivo para ello, ha de poder y deber rectificarlas: lo propio que el médico razonable, cuando conoce el error de su diagnóstico ó de su tratamiento, los rectifica (1).

49. Para concluir, debemos hacernos cargo de una objeción que puede presentársenos. Se nos podría decir que la consecuencia obligada de toda la doctrina expuesta en este capítulo y en el anterior es la desaparición completa de los códigos penales, pues á tal extremo nos lleva la absoluta libertad que al magistrado quiere dejársele para la administración de la justicia penal; y que, por tanto, la obra que durante siglos ha venido realizándose, y que se ha considerado como un progreso,

(1) Véase nuestro citado *Estudio crítico*.

Digitized by Google

ha sido perfectamente inútil, si es que no perjudicial. El progreso entonces consistiría en retroceder á momentos anteriores de la evolución social.

Ante todo, hemos de decir que no nos es posible tratar aquí por extenso esta cuestión, cuya gravedad desde luego reconocemos, y por tanto, que nos limitaremos á algunas indicaciones acerca de ella.

Efectivamente, de todo cuanto dejamos dicho se desprende, si no la necesidad de que los códigos penales desaparezcan, por lo menos la posibilidad de esta desaparición. Si la administración de justicia penal ha de ser una cosa *buena*, y si á los órganos de la misma ha de dejarse *libertad completa* para que hagan esta obra buena en la forma y por los medios que consideren *más conducentes*, y no de una única y forzosa manera previamente determinada, claro está que los códigos serán un auxiliar de que el juez *podrá* servirse, pero no serán una norma *obligatoria* impuesta al mismo. En tal sentido, no son de absoluta necesidad (1); pero no estorban, antes bien son convenientes, porque en ellos puede hallar el juez una como concreción de la sabiduría y del adelanto de los siglos y de las aspiraciones de la sociedad á que pertenezcan. Lo único que se necesita es que los códigos no se impongan como obligatorios al juzgador, ó lo que es igual, que su valor sea para éste puramente potestativo, enteramente lo mismo que debe suceder con todas las otras fuentes jurídicas.

Esta posible desaparición de los códigos penales, ¿significa que haya sido inútil ó perjudicial la labor de todas las generaciones que nos han precedido y á las que tantos esfuerzos ha costado la formación de aquéllos? Esta posible desaparición, ¿representa un retroceso á etapas anteriores de la evolución

(1) Como al confesor no le es de absoluta necesidad un código fijo de pecados y penitencias, pero puede ayudarle mucho; como al médico no le es absolutamente necesario un catálogo de enfermedades con sus síntomas fijos é invariables, su tratamiento, etc., pero podrá ser uno de los medios más eficaces para el mejor acierto.

Digitized by Google

social? Muy lejos de eso. La formación y publicación de los primeros códigos y leyes supone un gran adelanto. Mediante esta publicación, se dió el primer paso para la igualdad de derecho y se ofreció á las clases inferiores y oprimidas un medio de «protección contra los fraudes de la oligarquía privilegiada, al mismo tiempo que contra la corrupción espontánea y el rebajamiento de las instituciones nacionales» (1). En épocas de prepotencia, el conseguir la declaración y consignación de un derecho por parte de los oprimidos contra los opresores representa una conquista importantísima (2). Toda la historia no-

(1) Sumner Maine, *El derecho antiguo*, cap. I. Este autor pone bien de manifiesto las grandes ventajas de los códigos para las sociedades primitivas y bárbaras. Por lo demás, basta recordar los beneficios que la plebe romana obtuvo con la publicación de la ley de las Doce Tablas.

(2) Por ejemplo, en nuestros días, la publicación de leyes que tiendan á la protección de los débiles y de los pobres contra la avaricia y la prepotencia de los fuertes y de los ricos, representa un verdadero adelanto en el camino de la civilización y de la justicia; porque, mediante esta publicación, van ocupando la solidaridad humana, la cooperación y el altruísmo el puesto que hasta ahora ha estado ocupado por la lucha, el odio y el egoísmo brutal. Todo el portentoso movimiento obrero que se está desarrollando ante nuestra vista; toda la creciente legislación obrera y social que se va introduciendo, aun en los Estados que se tienen por más individualistas (como Inglaterra); toda esa poderosa tendencia que se observa en los pensadores y hasta en los políticos (aun en muchísimos que no son socialistas) á introducir en los vigentes códigos civiles un carácter y un sentido social, esto es, á convertirlos, como se dice, en códigos *privado-sociales*, no tiene otro sentido que éste: constituir una serie de garantías *legales* que sirvan para poner á cubierto á los débiles (proletarios de todas clases, niños, mujeres, enfermos, inválidos, etc.), contra los abusos, arbitrariedades y atropellos de los poderosos. (V. sobre todo este movimiento, aparte de un gran número de trabajos doctrinales de Menger, Salvioli, D'Aguanno, Vadalá-Papale, Nitti, Desvernine, etc., los artículos referentes á *La cuestión obrera* y *las leyes*, que viene publicando en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, de Madrid, D. Adolfo Buylla, y los números hasta el presente publicados de las revistas italianas *La Scienza del diritto privato* (1893 y 1894) y *La Riforma sociale* (1894).—Pero, una vez reconocidos legalmente los derechos de los débiles y necesitados, y puesto un antemural á los desafueros de los prepotentes, el tiempo se encarga de consolidar la obra: poco á poco se van limando las primitivas asperezas, se van

Digitized by Google

es otra cosa que un tejido de las luchas sostenidas por aquellos que tenían negado su derecho contra los que se lo negaban. Baste recordar la historia de las instituciones y el significado que tiene la consignación en ellas de los llamados «derechos del

---

adaptando los individuos al nuevo ambiente, van arraigándose los hábitos de obrar en el sentido preceptuado por la ley, hasta que por fin llega la habituación á ser tan poderosa, que los hombres no pueden por menos de conducirse, por propio espontáneo (libre, no obstante ser determinado) impulso en el sentido mandado por la ley y á considerar como un deber imperioso de la conciencia aquello mismo que en un principio repugnaban como imposición absurda de la prepotencia. Las instituciones contra las cuales más se ha resistido y combatido al establecerse por la ley, llegan por fin á convertirse en elementos tan indispensables de la vida social, que sin ellas, ésta no se concibe ya como posible, al presente. Los ejemplos que podrían aducirse son numerosísimos; recuérdese, por todos, lo ocurrido con el *Trade Unionism* en Inglaterra.—Llegado este caso, el hacer aquello mismo recibido con tanta hostilidad en un principio, se convierte en un verdadero placer, porque el que lo hace se advierte, más ó menos reflexivamente, de que redunda en su propio beneficio. Y entonces, las prescripciones legales que tienden á garantizar el cumplimiento de determinadas relaciones, ya garantidas, y mejor, por la conciencia individual, por la opinión pública, por el interés propio y por el interes de la colectividad, resultan verdaderamente inútiles, y por lo mismo son un estorbo que se debe hacer desaparecer.

Se trata, por tanto, aquí de un proceso, en virtud del cual, aquellas mismas relaciones que originariamente sólo estaban sometidas al imperio de la *moral*, pero de una moral basada en el egoísmo, en la fuerza, en la ignorancia, en el capricho, en la lucha brutal de unos contra otros, son después garantidas por el *derecho*, por la ley, en nombre de un sentimiento de pura benevolencia y humanidad en favor de los desvalidos, ó á lo más en nombre de principios abstractos de justicia, hasta que por fin pasan de nuevo á la esfera de la *moral*, pero de una moral realista, hija del estudio de las relaciones de la vida, basada en la convicción—perfectamente reflexiva, ó sólo instintiva—de la solidaridad entre todos los individuos, en la convicción de que la benevolencia y la justicia son cosas perfectamente idénticas, de que lo que al prójimo conviene é interesa es lo mismo que me interesa á mí.

Por este proceso van pasando todas las instituciones; así es que, respecto de aquellas que llevan ya mucho tiempo sometidas al imperio del derecho (de la coacción del Estado, que es la manera corriente como se entiende el derecho), podrían perfectamente suprimirse las disposiciones legislativas que

Digitized by Google

hombre y del ciudadano.» En este concepto, la formación y publicación de los Códigos penales y la inclusión en los mismos del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contra la anterior arbitrariedad de los prepotentes y de sus intrumentos, fué un progreso inmenso é innegable (1). Todo lo cual quiere decir, que en épocas atrasadas, en épocas en que domina el régimen llamado por Spencer y otros *estatutario*, el llegar á conseguir la consignación de las garantías correspondientes á la personalidad humana en un Código, para poner coto á las demasías y abusos de los fuertes, es un paso de gigante en la vía del progreso. Pero cuando este paso está ya dado, y no hay temor de desandarlo, el progreso mismo exige que se dé otro, á saber: la sustitución completa del régimen del estatuto por el del consentimiento libre; el de la imposición brutal exterior por la adhesión espontánea de la voluntad; el de la administración de justicia penal por fuerza, porque lo manda la ley y conforme lo manda la ley, por la administración de justicia penal por convicción, porque la razón y el derecho (que no son otra cosa que la realidad en cada momen-

---

las regulan y garantizan, sin que la vida se resintiera en lo más mínimo, ni siquiera se notase el cambio.

Sólo á la luz de este criterio nos parece que pueden resolverse la cuestión que ventilan los tratadistas de derecho político acerca de las funciones del Estado y de si tales funciones son permanentes ó transitorias; la cuestión entre individualistas y autoritarios, sobre la mayor ó menor ingerencia y esfera de acción del Estado en sus relaciones con los particulares y con las personas sociales de todas clases, y la cuestión de si el ideal anarquista (la supresión de todo gobierno, de todas las leyes y de todas las trabas al libre juego de la actividad individual) es, y hasta dónde, un ideal realista, esto es, si tiene, y hasta dónde, consistencia científica. (Véase sobre estos problemas los correspondientes tratados de derecho político y la abundantísima literatura contemporánea acerca de materias sociales y políticas, acerca del socialismo, el anarquismo, etc. Cuanto al asunto especial de la posible desaparición de los códigos, conforme la humanidad avance en su evolución, véase Asturaro, *Gl'ideali del positivismo e della filosofia scientifica*, Génova, 1892, cap. III, *El ideal moral*, y Ferrero, *I simboli*, Turín, 1893.)

(1) Véase el cap. I.

Digitized by Google

to) lo exigen y conforme lo exigen; el de la administración de justicia penal en que se ponen toda clase de límites al juez para que no haga más *mal* que el que permita la ley, por el de la administración de justicia penal en que se le den toda suerte de facilidades para que haga siempre el mayor *bien* posible al que lo necesita, para que intente y ensaye todas las pruebas que le sugiera su prudente arbitrio, su conciencia, al propósito de levantar al caído y evitar para lo futuro sus propias recaídas ó las de otros (1).

Ahora bien: hacia esta meta van caminando, aunque muy trabajosamente, las sociedades. A la amplitud, cada vez mayor,

---

(1) La sustitución, á que en el texto se hace referencia, del régimen del estatuto, de la imposición autoritaria y violenta, por el régimen del contrato, por el del consentimiento libre y espontáneo, se va verificando en todos los órdenes, en el civil, en el político, etc. (V., entre otros, Sanz y Escartín, *De la autoridad política en la sociedad contemporánea;* discurso, Madrid, 1894, § x; A. Majorana, ob. cit., § 7, y sobre todo Spencer en sus varias obras) y hasta sirve de objetivo á los esfuerzos de una importante dirección de la sociología contemporánea (la representada por Fouillée y por todos cuantos siguen, de cerca ó de lejos, sus huellas). Este predominio cada vez mayor del contractualismo en la ciencia y en la vida, que indica que las leyes se van haciendo cada vez más innecesarias para imponer lo racional cuando no lo realizan por su propia voluntad los individuos, ¿no deberá alcanzar también al orden penal? ¿No deberán ir desapareciendo las leyes y los códigos penales, siendo sustituídos por las costumbres, es decir, por la moral? Hoy mismo hay diferentes formas de sanción de los actos de los individuos que son sanciones propiamente penales, aunque no están contenidas en las leyes ni garantidas por ellas: v. gr., la sanción religiosa, la moral, la política, la de la estimación y la consideración públicas, la sanción económica, etc., las cuales van ensanchando cada vez más el campo de su acción á expensas de la esfera de la sanción legal. Por otra parte, muchas de las acciones que antes se estimaban como delitos van pasando á la categoría de faltas, otras muchas van desapareciendo del catálogo de las acciones punibles por el Estado y dejando encomendada su represión á los tribunales del orden civil (por medio de la indemnización de daños y perjuicios) ó solamente á la opinión pública, y para todas se va disminuyendo de día en día la penalidad. (Véase más adelante el capítulo referente á la distinción entre función punitiva y policía correccional.)

Digitized by Google

que se va dando al arbitrio judicial (§ 19), y á la sustitución incipiente de la pena como castigo por la pena como medio de prevención, responde otro movimiento que de día en día se acentúa más, á saber: el de reemplazar los antiguos (1) códigos casuistas por otros de líneas generales, permitiendo que los jueces encargados de aplicarlos se muevan dentro de aquellos límites con toda libertad. Este movimiento ha ganado tanto terreno en poco tiempo, primero en la ciencia y después, tras de ella, en las legislaciones (2), que algún autor de la propia escuela positiva, que á nuestro juicio debiera favorecer dicho movimiento, porque así lo reclama el espíritu que la anima, lo considera exagerado (3). Ahora, el primer paso está dado; no falta más que dar el segundo: borrar aquellos *límites* dentro de los cuales se permite hoy al juez moverse libremente y darle un código penal, no para que tenga obligación de ajustarse á él y de acomodar á él sus fallos, sino para que tenga un guía más á que acudir para el desempeño de su dificilísima (hoy, con el código y según suele hacerse, extraordinariamente fácil) misión (4).

---

(1) Aunque estén vigentes, como el español.

(2) Como en el Código holandés, en el italiano, en los proyectos suizo, austriaco, etc.

(3) Ferri, en *La Scuola positiva*, tomo III, 1893. Es de advertir que el mismo Ferri pide en otra parte que los códigos penales no sean casuistas, sino que formulen tan sólo ciertos preceptos ó reglas generales, dentro de los cuales puedan los funcionarios del orden judicial moverse con toda amplitud (Ferri, *Sociologia criminale*, Turín, 1892, pág. 641). En este mismo sentido se pronuncian Garofalo (*Criminologia*, trad. española, págs. 93-94), Pinsero (*Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale*, Palermo, 1892, pág. 249), Lisst (en el *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*, tomo IV, 1893; ponencia al cuarto Congreso de la *Unión*), Florian (en *La Scuola positiva*, tomo IV, 1894, págs. 503 y sigs., con las notas) y otros.

(4) La desaparición de los Códigos penales es un problema que preocupa también con razón á von Lisst. (V. Ponencia citada, *Bulletin de l'Union*, t. IV, pág. 183.)

Digitized by Google

III

La interpretación de las leyes penales.

50. Es más que probable que la materia toda relativa á la interpretación de las leyes haya de ser modificada en no lejano plazo. La doctrina que por mucho tiempo ha venido dominando, y que aun hoy se suele aceptar como corriente por la mayoría de los tratadistas, no es, en sustancia, más que una serie de reglas tomadas al derecho romano, contradictorias muchas veces, ó cuando menos animadas de diferente espíritu y fundadas en principios distintos (1), y sistematizadas por los

(1) Por eso es fácil invocar reglas diversas de interpretación para un mismo caso, y suelen efectivamente invocarse, cuando los representantes de las dos encontradas partes en el juicio saben proceder hábilmente. «Al difícil y elástico aforismo *ubi eadem ratio legis, ibi eadem dispositio*, se responde con este otro: *qui de uno dicit, de altero negat*. El adversario replica: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*; y el otro contrarreplica: *nisi succurrat ratio distinguendi*.» (Belime, citado por Lessona, en *La Scuola positiva*, tomo III, 1896, pág. 316.) Lordi ha observado (*Archivio giuridico*, tomo XXXII, pág. 519) que ninguna de las máximas ó reglas de interpretación, de las que se predican y enseñan desde la cátedra, y se aducen, exagerándolas, desde los interesados bancos del foro, es absoluta. Y Chauffour dice de ellas (*Revue de Législation*, tome XXVII, pág. 255), lo mismo que de todos los aforismos jurídicos (Véase § 23, pág. 55, nota), que son aserciones cómodas, cuyo menor inconveniente es el de ser inútiles, cuando no son falsas; relegan el derecho á la esfera de las abstracciones vanas, y el intérprete las aplica de vez en cuando con cri-

Digitized by Google

escritores, conforme á este ó al otro criterio. Mas como quiera que las circunstancias en que y para las que tales reglas se formularon han cambiado muchísimo, y han cambiado así bien las concepciones que les dieron vida; como quiera que los factores que obran en la sociedad contemporánea no son enteramente los mismos que los de la sociedad romana, ni se combinan y entrecruzan de la propia manera que allí, sino de otra diversa; como quiera, en suma, que la *realidad social* (por consiguiente, la *jurídica)* no es la misma que en Roma, ni la idea que de ella se forme el jurisconsulto que viva sometido á su influjo puede ser igual á la que los jurisconsultos romanos se formaran de aquélla en medio de la cual vivían..., resulta que los elementos que, para interpretarla, para penetrar en su espíritu, en sus necesidades, en sus tendencias, puede y debe tomar en cuenta el estudioso, no son idénticos, y en lo tanto, que las reglas que formulen como consecuencia de tal indagación y para que sirvan de norma á aquellos que traten de eje-

---

terio inseguro, que varía según varía el prejuicio y el interés. (V. Lessona, loc. cit.). Debe notarse que los distintos sujetos que contribuyeron á la elaboración del derecho romano y especialmente á la formación de la doctrina de las leyes (los pretores, los tribunales, los jurisconsultos, los emperadores, etc.), no establecían nunca—según afirman los eruditos y conocedores de este derecho histórico—reglas de carácter absoluto, y muchas veces, ni siquiera reglas de carácter general; sino que lo que hacían era determinar la manera como debía resolverse *cada caso concreto,* en vista de las necesidades del momento, y dar la fórmula adecuada para ello. Por esta razón, en Roma no hubo, como la ha habido después, una doctrina hecha y perfectamente concluída, como formada de una pieza, acerca de la interpretación de las leyes, sino una serie de preceptos formulados para casos particulares, en tiempos distintos y por distintos sujetos (V. Vadalá-Papale, *Le leggi nella dottrina di Platone, di Aristotile, di Cicerone,* Catania, 1894, págs. 150 y sig.): de aquí su diversidad, y hasta su aparente contradicción. Ahora, en este orden, ha ocurrido con el derecho romano lo que en tantos otros: se han tomado como axiomas jurídicos, como aforismos indiscutibles, de completa verdad, lo que no tenía originariamente tal carácter, se les ha erigido en cánones inconcusos y se ha formado con ellos lo que se llama *doctrina* de la interpretación de las leyes.

Digitized by Google

cutar actos conformes con dicha realidad, ó sea actos que respondan al derecho, y á aquellos otros que como órganos de la sociedad exijan de los asociados que adecuen su vida á lo que las condiciones de la realidad reclamen en cada caso (es decir, á la justicia)..., tales reglas no pueden menos de ser diversas.

Por esto, me parece á mí que, con tanta fuerza como la de la doctrina de las fuentes del derecho, y en estrechísima relación con ella, se impone la necesidad de someter á una fundamental revisión crítica la teoría corriente acerca de la interpretación de las leyes. Y lo mismo que los resultados de la indagación moderna, singularmente los de la sociología, de consuno con los de la filosofía realista del derecho, son los que van determinando un cambio notable en punto á la doctrina de las fuentes jurídicas, lo mismo la reforma de la teoría tocante á la interpretación de las leyes ha de verificarse tomando por base aquellos resultados.

51. Más urgente aún que la de las leyes en general, es la revisión de la teoría, si tal nombre puede dársele, de la interpretación de las leyes penales. Sabido es que á éstas no les son aplicables los cánones que los escritores en general repiten, aduciendo ó parafraseando textos romanos, sobre la forma de interpretar las leyes. En este respecto, como en varios otros, el derecho penal constituye una verdadera excepción. Para interpretar las leyes penales, el magistrado y el jurisconsulto no deben atenerse á ninguna de las reglas establecidas sobre la interpretación de las demás leyes. El único precepto fijo que aquí se les da es no reconocer ninguno: ó mejor dicho, el de que no traten de interpretar la ley, sino que se limiten á *aplicarla*. Si es oscura ó deficiente, renunciarán á todo propósito de penetrar en su sentido, de completarla, para aplicarla según este sentido y complemento lo exijan: la abandonarán desde luego por inaplicable. La administración de justicia en estos casos consiste cabalmente en *no administrarla*. Todo hecho que no esté clara y taxativamente contenido en la ley pe-

Digitized by Google

nal, deja por esto sólo de ser justiciable, aun cuando haya mil otros motivos que muestren de un modo evidente lo absurdo y peligroso que es el que los tribunales se desentiendan de su conocimiento y apreciación.

Naturalmente, la razón primordial de esta situación anómala y singularísima de la esfera penal, en punto á la materia de que se trata, es, como con facilidad se presume y veremos más al pormenor en el curso de este capítulo, la misma á que nos hemos referido en los capítulos anteriores, al tratar de las fuentes del derecho, á saber: que la administración de justicia penal es cosa mala y odiosa, y por esto precisamente debe estarles prohibido á los tribunales y á los tratadistas que les ilustren el interpretar la ley con amplitud, haciéndola abarcar más casos de los que en su texto se hallan comprendidos de una manera expresa.

Ahora, si dicha idea es equivocada, como parece resultar de todo el sentido y progresos de la ciencia penal moderna, y si, en consecuencia, debe ser sustituída por la idea contraria, es decir, por la consideración de la administración de justicia penal como una cosa buena, conveniente y amable, es evidente que la actual teoría sobre la interpretación de las leyes penales habrá de ser rectificada y rehecha, porque la base que le sirve de sostén cambia completamente de lugar. Y habrá de ser rectificada y rehecha, en armonía con las modernas concepciones, en armonía con los datos y resultados de las recientes indagaciones filosóficas, sociológicas, históricas, etc.; ó sea, haciendo: 1.º, que la teoría de la interpretación de las leyes penales sea completamente la misma que la de las leyes en general, porque el fin que unas y otras se proponen es idéntico: la administración de justicia, fin esencialmente bueno; 2.º, que la teoría que hoy existe acerca de la función y facultades del intérprete y del juzgador, teoría cerrada y cristalizada, producto de la aglomeración de reglas dadas para otros tiempos y para otras circunstancias, se sustituya por otra más flexible, más acomodada á las condiciones reales é intelectua-

Digitized by Google

les de la sociedad de nuestro tiempo, en la que se reconozca y conceda al jurisconsulto y al juez libertad amplísima para adaptar la ley á los casos particulares, en vista de la singular fisonomía y especial manera de ser de éstos, para encontrar en el precepto legal la regla conveniente á cada situación concreta; en una palabra, para interpretar la ley, no según reglas de antemano fijadas con carácter de absolutas y estrictas, sino según justicia.

52. A nuestro modo de ver, el vicio radical de que adolece la doctrina de la interpretación de las leyes es común á casi todas las demás materias de que se ocupan las disciplinas jurídicas, y consiste en la creencia de que el derecho es un orden exterior y superior á la vida, un conjunto de reglas inmutables, de verdad, de racionalidad y de justicia absolutas, reglas formuladas de antemano por una voluntad extranatural, ó por una razón impersonal, y conforme á las cuales debe producirse la vida de los hombres para que pueda merecer la calificación de jurídica. Los actos humanos, si han de ser justos, tienen que realizarse de perfecta conformidad con la pauta previamente fijada, de acuerdo con las exigencias de aquel orden permanente de justicia. No les corresponderá tal dictado, si se verifican de un modo espontáneo, natural, obedeciendo al libre y variado juego de los elementos reales, sin sujeción á regla fija: el sujeto no obra jurídicamente, sino cuando acomoda su conducta á esta regla, á los preceptos invariables de una razón invariable también, cuando encaja todas sus acciones, aunque sea violentándolas, descoyuntándolas, en los moldes indefectibles que el orden jurídico eterno le presenta.

Según esta concepción, que es la corriente, que se ha hecho puede decirse universal y tradicional, y que, por serlo, va envuelta en la mayor parte de nuestros juicios y apreciaciones (1), tomándola como oro de buena ley, el orden jurídico y

(1) Esta concepción está infiltrada en toda nuestra vida, lo mismo en la intelectual que en la práctica. Es la concepción dualista y autoritaria que

Digitized by Google

el orden de la realidad social son perfectamente distintos: el uno tiene los caracteres de permanente, de absoluto, de indefectible, de infalible, encierra todas las normas que deben regir al otro, que es inferior, variable, imperfecto, que se está continuamente moviendo y formando; el uno es el que ofrece la regla, el otro es el que debe aplicarla; el uno constituye el *derecho*, el otro, el *hecho* (1).

---

muchos se empeñan aún en mantener: es la concepción que «se resume en una sola palabra (la antitesis del anarquismo): la *autoridad:* autoridad por parte de aquellos á quienes Dios ha dado el poder; autoridad del padre en la familia para disponer libremente de sus bienes, para refrenar como mejor le parezca á los hijos indómitos; autoridad del patrono en los talleres ó sobre sus tierras, autoridad del Estado, autoridad de la Iglesia, etc.» (Gide, *Le catholicisme social,* citado por *La Riforma sociale,* de Turín, t. II, 1894, páginas 486-87.) Esta concepción tan nociva es la que establece una barrera infranqueable entre el soberano y el súbdito, entre el que da la ley por su propia voluntad y los que están obligados á obedecerla y cumplirla, sin meterse á averiguar si es ó no razonable; desde el momento en que es ley, desde el momento en que la ha formulado el *superior*, tiene en sí fuerza de obligar, y el súbdito, lo más que puede hacer, es penetrarse de su sentido, indagar la voluntad y la intención del que la ha dado, para acatarla; cuando la ha dado, bien dada está, él sabrá por qué y para qué. Esta misma concepción es la que hace que los funcionarios del orden judicial estimen sus decisiones como indiscutibles por los *inferiores* y que la *res judicata* haya de tomarse como verdad definitiva é irreformable; que los maestros y profesores juzguen sus afirmaciones como dogmáticas para los *discípulos*, á los cuales se les prohibe disentir de ellas, ni manifestar las suyas propias; que las autoridades de todo género busquen y exijan de sus *subordinados* el respeto y consideración exterior, el respeto por el sólo hecho de ser autoridades, no la adhesión y el respeto interior por su conducta y merecimientos. Pero esta idea, que ha tenido su razón de ser y que la tiene en sociedades atrasadas, se va haciendo cada día más incompatible con las concepciones y con la manera de ser de las sociedades modernas.

(1) En último resultado, esta concepción no es otra cosa que un caso particular de la concepción filosófica dualista que por tanto tiempo ha venido inspirando la vida entera de la humanidad. Según ella, los fenómenos todos del universo se producen conforme á leyes de antemano trazadas por poderes invisibles, y tales leyes tienen existencia y virtualidad por sí mismas, antes que los fenómenos, é independientemente de los fenómenos.

Digitized by Google

Dado este antagonismo, para que el orden de los hechos, el orden inferior, esto es, la *vida real*, se acomode, como es forzoso, al orden superior del derecho; ó lo que es igual, para que la vida se produzca de una manera racional y justa, es necesario

---

De esta manera, el mundo se excinde en dos órdenes diferentes, de desigual valor: el orden de las leyes y el orden de los fenómenos ó de los hechos. «En los primitivos y más informes rudimentos del pensamiento filosófico, propio de la edad mitológica, los hechos son representados como otras tantas manifestaciones vitales, análogas á las que el hombre experimenta en sí mismo; por lo cual fueron referidos á potencias invisibles, íntimas en las cosas, dotadas de pensamiento y de voluntad, y que tenían el poder de moverlas por virtud de un mandato, como lo hace el hombre con sus miembros ... La idea del mandato se convirtió en la de ley, cuando un estudio un poco más adelantado empezó á dar á conocer la concatenación, el orden y la repetición estable de los hechos; y entonces, la manera de considerar éstos en su singularidad se hizo extensiva al conjunto de los mismos, y el desarrollo total de los acontecimientos se concibió como la ejecución infalible, no de un capricho del momento, sino de un plan consciente, prestablecido.» (Ardigó, *Opere filosofiche*, t. I, Cremona, 1882, pág. 64.) Esto es precisamente lo que ha sucedido en la esfera moral y en la jurídica: se ha supuesto que hay un orden inmutable de leyes subsistentes por sí, á las cuales han de ajustarse los actos de los hombres. Ahora, aquí tiene que suceder también lo que poco á poco va sucediendo en los demás órdenes de la naturaleza, ó sea, el considerar que la ley no es otra cosa sino el hecho mismo, la manera constante de producirse éste, y por consiguiente, que no hay otra fuente de las leyes más que los hechos. «¿Qué es después de todo la ley, sino el hecho? La ley astronómica de la gravitación de los cuerpos celestes, la ley física de la refracción de la luz, la ley fisiológica de la circulación de la sangre, son hechos, nada más que hechos. La gravitación es el hecho del movimiento de las grandes masas de materia aisladas en la inmensidad del espacio; la refracción de la luz es el hecho de la desviación del rayo luminoso al penetrar en medios diáfanos de diferente densidad; la circulación de la sangre es el hecho del movimiento del líquido mantenedor de la vida por las arterias y venas de los animales, á consecuencia de las contracciones del corazón. Y lo mismo debe decirse de todas las demás leyes. No hay ninguna que sea otra cosa que un hecho. La ley se distingue del hecho, no como una cosa de otra cosa, sino tan sólo como la cosa considerada en lo que tiene de común con otras, esto es, como lo general y lo abstracto, de la cosa considerada en todas sus particularidades, es decir, como individual y concreta. Dados varios hechos del mismo género, aquello en que se asemejan es la ley. Para decirlo

Digitized by Google

que la multitud inmensa de relaciones que la constituyen se actúe con sujeción estricta á los rígidos preceptos de la justicia. Pero, ¿cuáles son éstos? ¿Dónde se hallan formulados para que el sujeto agente pueda primero conocerlos y después obedecerlos y cumplirlos? Á decir verdad, no se hallan en parte alguna (1),

---

de una vez: la ley es la semejanza de los hechos.» (Ardigó, obra citada, páginas 69-70.) Y no se objete que esto sólo puede decirse de las leyes físicas, ni de las sociales, es decir, de la moral y del derecho; el propio Ardigó demuestra *(Opere filosofiche*, tomos III y IV) que las leyes que á estos últimos órdenes se refieren tienen el mismo carácter y origen que las leyes físicas, ó sea los hechos, y que la concepción de las mismas como mandatos ó preceptos de la autoridad es una concepción equivocada. La identidad de las leyes físicas y sociales la demuestra también De Johannis, en su artículo *Leggi fisiche e leggi sociali*, publicado en la *Rivista di filosofia scientifica*, tomo X, 1891, páginas 128 147. Acerca del concepto de ley, puede verse también, además de este artículo de Johannis, el de Vignoli, *Del concetto di "legge„ nella natura*, en la misma *Rivista di filos. scientif.*, tomo I, 1889, págs. 250 y siguientes; otro de Schiattarella, *La formazione dell' Universo secondo l' astronomia moderna*, en la propia *Riv. di filos. scient.*, tomo VI, 1887, págs. 65 81 y 156 173; otro de Marchesini, *Necessità e casualità*, en la misma *Rivista*, tomo XI, 1890, págs. 487-498, y otro de Fiamingo, *Une loi sociologique*, en la *Revue internationale de sociologie*: tomo II, 1894, págs. 410 y siguientes.

(1) Muchos escritores, en presencia de esta dificultad, han dicho que las prescripciones del orden jurídico inmutable y absoluto (del llamado derecho natural, racional, ideal, etc.), las puede recabar el hombre, mediante el auxilio de su razón individual. No es necesario esforzarse mucho para hacer ver lo que de aquí resulta: siendo la *razón individual* tan sumamente *variable* y *distinta*, no sólo en los diferentes pueblos y grados de civilización, sino en los varios individuos de un mismo pueblo, época, etc., y hasta en un mismo individuo en los diversos momentos de su vida, claro está que las referidas prescripciones tienen que resultar, y en efecto resultan, muy distintas, según aquellos elementos, y se convierten en relativas y mudables. Otros hablan de una ley natural, participación de la *eterna*, y promulgada *individualmente á cada sujeto*, al cual se le revela *por medio de su conciencia*. Aquí se ofrece la misma dificilísima pregunta que antes: siendo el juicio de los individuos acerca de lo que constituyen los preceptos indeclinables, absolutamente fijos, de la ley natural, tan vario y con frecuencia hasta opuesto, ¿á quién hemos de considerar como intérprete fiel é infalible de tales preceptos? Lo propio se dice de la opinión de aquellos que consideran que lo justo, lo absolutamente justo,

Digitized by Google

á lo menos de una manera clara y concreta. Mas como no es posible que las cosas estén de esta suerte, porque tal indecisión estorba el sometimiento de los fenómenos humanos á las exigencias del orden jurídico, forzoso es que se encomiende á al-

---

es lo que está fundado *en la naturaleza del hombre*. En todos estos casos no hay ni puede haber otro criterio de justicia que la *apreciación particular y personal del sujeto*. Estimar como contrarias al derecho inmutable, al derecho natural, á los eternos principios de justicia, ciertas acciones que el agente de las mismas reputa como muy justas, muy convenientes, muy adecuadas á su naturaleza, y castigarlas como delitos porque hay un poder exterior que las declara injustas *per se*, constituyéndose de este modo en *árbitro único* y en definidor del derecho, es completamente absurdo y contradictorio con el sistema á que nos hemos referido más arriba; en el cual se dice, *por una parte*, que el intérprete de los principios del derecho y el juez de la bondad ó maldad intrínseca de los actos es el *individuo*, por medio de su conciencia, de su razón individual, etc.; y *por otra parte*, que el verdadero intérprete y juez de aquellos principios y actos es el *poder social*, ó sea un órgano extrínseco y variable, que impone por la sola virtud de la fuerza su criterio enteramente falible. Á nuestro modo de ver, los partidarios de un derecho natural incoercible, inmaculado, abstracto, y de una ley natural en la que se halla encerrada, de una vez para siempre, *toda* la justicia, no pueden eludir, si han de ser lógicos, el problema que dejamos indicado, y no pueden menos de resolverlo de una manera arbitraria y contradictoria, inclinándose unas veces á creer que es derecho (derecho natural) *lo que manda la ley*, sin que el sujeto pueda rebelarse contra ello, *á pesar de que lo estime injusto*,—con lo cual origen al legislador en *representante único* de los preceptos racionales de justicia, *ahogan la voz de la conciencia* y de la *razón individual* y declaran que *no hay más derecho que el derecho legislado, positivo*, porque de otra suerte la sociedad sería imposible, cada cual se convertiría en preceptor y juez de sus acciones y vendríamos á parar al imperio de la anarquía,— y afirmando otras veces que *las leyes injustas no son leyes*, que *el sujeto no está obligado á* obedecerlas, que el derecho es *anterior y superior* al legislador, al cual no le corresponde otra función que *declararlo*—con lo cual se entroniza la anarquía, antes tan temida, por miedo á caer en el arbitrio del legislador, y se deja que los particulares se erijan en definidores de lo justo, en declaradores de si el legislador se ha atenido á su función propia, determinando lo que *ya de antemano* es derecho, ó si se ha extralimitado, definiendo y dictando preceptos legales á capricho y en contra de lo que el derecho *anterior y superior* á él exige.—La contradicción á que se alude es fácil advertirla en casi todos los autores de filosofía del derecho ó de alguno de los problemas que á ésta se refieren; mas los hay que incurren

Digitized by Google

guien la adivinación y consiguiente declaración, para el gobierno de la sociedad, de cuáles sean dichas exigencias; ó para hablar con más propiedad, que alguien, por más fuerte, más osado ó más astuto que los otros, sepa imponerse á todos los individuos que constituyen la masa social y obligarles á recibir como normas de derecho las decisiones de su voluntad (1). Este alguien es el legislador.

---

en ella de una manera harto evidente. Por ejemplo, Morató (*El derecho civil español con las correspondencias del romano*, 2.ª ed., Valladolid, 1877, t. I, páginas 19 y sigs y 44-45), después de hablar de una ley natural ó moral, dada por Dios al hombre para que le sirva de norma de sus actos en las relaciones con sus semejantes, ley fundada en la misma naturaleza humana, por tanto, de justicia objetiva é independiente del arbitrio individual, y después de decir que esta ley se investiga y conoce por medio de la *razón natural* y de la revelación, escribe: «*Es necesario tener bien entendido que el legislador* ES EL ÚNICO *á quien está directamente confiada la misión de interpretar la ley natural y de aplicarla á la sociedad que gobierna...*».

(1) Las leyes no son nunca más que la expresión de la voluntad de aquel individuo ó elemento social que de cualquier modo puede y sabe imponerse á los demás; no importando que él mismo diga, y hasta crea de buena fe, que son el trasunto más exacto de los dictados de la justicia absoluta. En cada momento de la historia, la vida social viene á ser el resultado ineludible de la combinación y cruce de una multitud complejísima de elementos de muy diferente eficacia; y las reglas por que se rigen las diversas manifestaciones de aquélla, de la vida social, no son ni pueden ser otra cosa que la resultante obligada de la combinación y cruce referidos. El conjunto de normas á que se da el nombre de moral, de beneficencia, de derecho, de higiene, de religión, etc., etc., son en los distintos tiempos, sociedades, grupos sociales é individuos, lo que no pueden menos de ser: un compuesto formado por sinnúmero de factores, casi siempre indiscernibles, cuyo poder y eficiencia no se puede fácilmente determinar; ó mejor aún, un compuesto en cuya formación colaboran, de manera más ó menos directa, todas, absolutamente todas las partes que constituyen el organismo de quien es la moral, la beneficencia, etc., y cuya alteración subitánea, cuanto menos una alteración arbitraria ó voluntaria, es tan imposible, como el hacer que de repente desaparezcan las causas que hayan originado la situación actual, y reemplazarlas por otras. La conciencia, aunque oscura, que en la masa social existe de este hecho es lo que hace que consideremos siempre que lo que en la actualidad existe (moral, derecho, religión, etc.), es lo mejor, lo único que responde á

Digitized by Google

Una vez que el legislador ha declarado lo que es el derecho, ó lo que es lo mismo, una vez que ha formulado las normas que han de servir para la dirección de la conducta de los asociados, á éstos no les incumbe ya otra función que la de ajustar sus actos á las mismas. Deben ajustarlos espontáneamente, de buen grado; cuando así no lo hacen, los tribunales, puestos por el poder para que sus decisiones sean obedecidas, les compelerán á que las obedezcan y las cumplan. Y si por ventura, al desempeñar los tribunales esta su misión, al tratar de aplicar el derecho, se encontraren con que el legislador no ha dado un precepto, ó no lo ha dado terminante y claro, para un hecho concreto sobre el cual tienen que pronunciarse, entonces procurarán indagar cuál ha podido ser la voluntad del referido legislador, de qué manera habrá querido éste que se administre la justicia en aquel caso; ó lo que es lo mismo, entonces es cuando su función de aplicadores ó ejecutores de la

---

la naturaleza del hombre y sin lo cual éste no podría vivir, y lo que hace que estimemos como absurda y disolvente toda tentativa de cambiarlo. Y sin embargo, lo existente en cada época, es decir, lo justo, lo moral, lo religioso, no es más que lo que conviene y aprovecha á determinados individuos ó grupos de individuos que han sabido ir disponiendo las cosas en su propio beneficio. Lo que ellos mandan, por tener á su disposición el poder, ó sea el mecanismo de las fuerzas sociales, eso es el derecho, eso son los preceptos que se inspiran directamente en los dictados absolutamente justos de la ley natural. Tal concepción es común á los gobernantes y á los gobernados, á los que dan la regla y á los que tienen que obedecerla y cumplirla; y no puede rectificarse, mientras una diferente combinación de las fuerzas sociales no venga á hacer que la dirección de la sociedad pase á otras manos diferentes de las que hasta ahora la han tenido, y que sean, por consiguiente, otros los órganos encargados de dar la norma que ha de regir á los asociados. Cuando esto suceda, las leyes, las cuales responderán á otras exigencias y darán satisfacción á otros intereses, habrán cambiado de objetivo; pero ni dejarán de ser nunca la expresión de la voluntad del elemento social constituído entonces en legislador, ni abandonarán la pretensión de ser ellas las que traduzcan fielmente y lleven á la práctica los *absolutos é inmutables* principios del derecho.

Digitized by Google

ley requiere que previamente la determinen, interpretando la voluntad del que la haya dado oscura ó deficiente.

He aquí por qué se dice que interpretar las leyes consiste «en averiguar el *pensamiento*, la *intención*, la *voluntad* del *legislador*».

53. Los conceptos que acabamos de expresar son tan generales y corrientes, de tal manera han venido y vienen aceptándose como verdaderos por los escritores, que cuando en sus trabajos no los manifiestan de un modo terminante y claro, los presuponen. Hay que distinguir, según ellos, entre el derecho y el hecho, entre la ley y la vida: el derecho es anterior al hecho, corresponde su declaración ó formulación al legislador, y consiste en el conjunto de normas á que ha de atemperarse la conducta de los hombres. A los tribunales es á quien corresponde determinar las condiciones que los hechos han de reunir para que pueda decirse que se ajustan al derecho en cada situación determinada, y decidir si se han realizado según ley, fuera de la ley ó contra la ley. La misión del legislador y la del juez están, de esta suerte, perfectamente diversificadas y separadas: el uno determina y declara el derecho como regla abstracta para todos los casos *futuros*, el otro determina los hechos, la manera como hayan sido ejecutados y las prescripciones legales que les son aplicables; el uno procede en el desempeño de su función deductivamente, por síntesis; el otro, por medio de examen concreto y analítico (1).

---

(1) «Mientras en la formación de la ley—dice Trendelenburg (*Derecho natural apoyado en la Ética*, trad. italiana de Modugno, Nápoles, 1873, § 78, página 165)—tiene lugar la síntesis, en el importantísimo acto de su aplicación tiene lugar, por el contrario, el método analítico, el examen y el análisis del caso, á fin de referirlo á su principio y, en el derecho penal, hasta el más íntimo motivo del propósito y de la intención.» Esta diferencia de procedimiento en la formación y en la aplicación de las leyes es una consecuencia obligada del concepto que de una y otra función y de sus relaciones respectivas se tiene, y el cual queda indicado en el texto. Como el derecho es una norma para las acciones *futuras* del hombre, tiene que ser promulgado *antes* de que

Digitized by Google

éstas vengan á la vida, y por consiguiente, la promulgación tiene que hacerse *a priori*, determinando, ó pretendiendo determinar, lo justo en sí mismo, lo justo contenido potencialmente en el principio absoluto del derecho, con independencia de toda circunstancia de lugar y tiempo; mientras que, como los hechos que han de producirse según aquella norma no se dan sino en la vida, en la efectividad, hay que examinarlos uno por uno, en su singularidad, para ver si responden ó no á lo que la regla jurídica, deducida del principio del derecho, exige. Y esto ocurre, tanto en la aplicación de las leyes civiles como en la de las penales; antes bien, en la aplicación de las últimas, todavía llega el análisis del hecho (según dice Trendelenburg y con él muchos otros autores, y según vemos que ocurre á diario en los tribunales de justicia) más allá que en la aplicación de las primeras, puesto que se penetra hasta en lo íntimo del propósito y de la intención.

Ahora bien: Trendelenburg afirma que la formación de las leyes se verifica de una manera sintètica, ó sea, partiendo de los principios mismos del derecho y formulando el precepto según las exigencias puramente racionales de aquéllos; y lo afirma de todas las leyes, sin distinguir entre las civiles y las penales. Hay, en cambio, otros autores, españoles especialmente, para quienes la elaboración de las leyes penales, del derecho penal, se verifica, sí, de una manera sintética, pero la elaboración de las leyes civiles, del derecho civil, se realiza analíticamente. Y precisamente en este distinto procedimiento de formación de uno y otro derecho está, para ellos, la razón principal del progreso del derecho civil y del relativo atraso del penal; sin que encuentren en ello motivo de crítica, porque el procedimiento referido es inherente á cada una de las dos diferentes esferas. «El derecho penal—escribió el malogrado Maranges y han repetido, con las mismas ó diferentes palabras, otros pensadores españoles—es la fórmula sintética del derecho: el civil, su fórmula analítica; aquélla es la primera que instintivamente se conoce y la última que reflexivamente se perfecciona. *Las manifestaciones analíticas del derecho están en los hechos mismos; la concepción sintética no se manifiesta en los hechos. Estos nos dan el delito, que es la negación del derecho; pero la pena jurídica no la encontramos en parte alguna; no es una relación individual, sino una condición general, que sólo se comprende cuando se conoce la fórmula sintética del derecho.*»

Por nuestra parte, observaremos acerca del particular lo siguiente, que merecería amplio desarrollo: 1.° Que el derecho penal es tan analítico como el civil, y que lo mismo uno que otro pueden y deben ser elaborados analíticamente. 2.° Que es cierto que en los tiempos anteriores al nuestro se ha formulado el derecho penal principalmente (no de un modo exclusivo) por el procedimiento sintético y el civil principalmente por el procedimiento analítico; mas el motivo de la diferencia proviene tan sólo de que en las relaciones del orden penal se ha prescindido casi del todo de la si-

Digitized by Google

tuación efectiva de las cosas para refugiarse en la esfera de las abstracciones, pretendiendo fijar de antemano la gravedad de cada delito y el cuanto de pena que por las mismas exigencias de la justicia absoluta le corresponde, mientras que en las relaciones del orden civil no ha podido menos de tomarse en cuenta todo el conjunto de circunstancias que les dan vida, porque se trata de derechos y obligaciones de los particulares individuos entre sí, de individuos que viven y se mueven en la realidad, y no de relaciones entre un individuo abstracto (puesto que en lo penal se prescindía y se prescinde del factor personal del sujeto delincuente) y el orden general del derecho. A mantener la diferencia que nos ocupa, entre el modo de formación del derecho penal y el civil, ha cooperado por modo eficacísimo la diversa concepción de la administración de la justicia en uno y otro orden: pues mientras la civil era cosa buena, y por tanto, podía dejarse que los juzgadores declarasen *en cada caso* y en vista del especial carácter del mismo lo que debía hacerse, es decir, cuál era la regla jurídica aplicable, sin que por ello peligrara la libertad ni las prerrogativas del ciudadano, la administración de justicia penal era y es una cosa mala, y, por consiguiente, para no exponerse á ser víctimas de las arbitrariedades de los jueces, había que privarles de toda facultad discrecional en cuanto á la declaración y formulación de la regla de derecho, y había que decirles *previamente* cuál era la regla que tenían que aplicar, sin que en modo alguno se salieran de ella. 3.° Que el haber durado mucho tiempo tal estado de cosas (en el cual nos encontramos aún, y apenas si vislumbramos ciertos derroteros por donde hemos de salir de él) es seguramente lo que ha hecho que escritores muy ilustres hayan tomado por esencial y natural lo que no es más que producto de condiciones históricas. Nadie, ni aun los pensadores más activos y originales, pueden sustraerse á la ley de la inercia intelectual: por eso, lo que ven dominar durante siglos y en su tiempo les parece que es lo único racional y que no puede cambiarse. 4.° Que á este motivo histórico se debe, efectivamente, como indicó Maranges, el relativo atraso de las leyes y de la disciplina penal con respecto á las leyes y al derecho civil. Pero bueno es tener en cuenta una cosa en lo que al particular se refiere: y es que los juristas no han tenido durante mucho tiempo más guía ni más evangelio que el derecho romano (al que llamaban la *razón escrita*); y los jurisconsultos romanos, si pudieron desarrollar libremente y sin obstáculo las teorías y las instituciones del derecho civil, por no afectar directamente á los poderes públicos, no pudieron desarrollar las referentes al derecho penal, por impedírselo la presión de los poderes, singularmente el de los emperadores, el cual podía ser minado por tales teorías. Y si esto es cierto, claro está que el motivo indicado antes pierde mucho de su valor, y venimos á atribuir gran parte del atraso referido al influjo tradicional del derecho romano. Por lo demás, el tan decantado adelanto del derecho civil no parece tan innega-

Digitized by Google

«La función de la autoridad judicial—dice Fiore (1)—es, primeramente, poner en claro los hechos sobre que versa el

ble como se venía creyendo; antes bien, es hoy bastante general la opinión de que esta esfera jurídica ha progresado poco desde Roma acá, y justamente se debe tal falta de progreso á haber sido poco analítico, ó sea á haber despreciado el estudio de los hechos é instituciones á que las nuevas necesidades iban dando origen y haberse apegado exageradamente á las instituciones y normas romanas (V. sobre esto los trabajos de la moderna corriente en el derecho civil, singularmente los de Menger, Loria, Salvioli, D'Aguanno, Ferri, C. Cavagnari, Gianturco, Treves, Vadalá Papale, Desvernine, Polacco, Cimbali y muchos otros; y en contrario, esto es, en defensa del derecho romano, principalmente Buonamici, Brugi y Delogu). 5.° Que, en consecuencia, si el procedimiento de elaboración de las leyes en una y otra esfera ha de ser el mismo, según queda indicado, ó sea el analítico, ambos órdenes de conocimientos procederán de un modo paralelo y progresará el uno tanto cuanto progrese el otro. Una prueba irrecusable de lo que decimos nos la ofrece lo que ante nuestros ojos está sucediendo hoy. Desde que en la materia penal se ha comenzado á dar de mano al método antiguo, al llamado sintético, renunciando á la pretensión de sorprender los secretos de la justicia absoluta para presentársela á los hombres en forma de preceptos legales de antemano dictados y á los que individuos y juzgadores tienen que atemperarse; desde que, por el contrario, se hace uso del procedimiento analítico, del procedimiento realista, que consiste en observar y estudiar cada delincuente determinado en su peculiar situación y condiciones, cada particular delito en sí, en sus causas y origen, en sus cruzamientos, enlaces y relaciones con todos los otros fenómenos sociales; desde que se busca, en vista de todos estos datos *reales*, la justicia *relativa* que debe hacerse en cada momento y á cada sujeto, y no se piensa en el imposible de dictar por anticipado la fórmula de justicia *absoluta* é indefectible que contiene potencialmente todo el obrar futuro de todos los hombres en la esfera particular á que ella se refiere;... desde que esto sucede, el derecho penal ha realizado progresos sorprendentes, merced á los cuales ha logrado ponerse al nivel, si es que no superarlo (en la ciencia, se entiende, porque de las legislaciones todavía no puede decirse lo mismo, aunque no parece muy lejano el día en que se diga), del derecho civil. ¿A qué, sino á la introducción del método analítico y realista en el estudio de las materias concernientes al orden penal y á la consiguiente elaboración de normas (científicas primero, legales después) que las regulen, se debe la revolución que de poco tiempo acá se ha verificado, y que, con ser ya inmensa, amenaza con ser todavía mayor en lo por venir?

(1) *De la irretroactividad é interpretación de las leyes*, trad. española, Madrid, 1893, pág. 501.

Digitized by Google

juicio, y después, investigar las disposiciones legales aplicables á los mismos y las consecuencias jurídicas que de ellos derivan; pero no puede consentirse á dicha autoridad que se preocupe de los efectos que pueden provenir de la aplicación exacta de la ley, ni modificar el contenido del precepto, teniendo en cuenta los inconvenientes que resulten de la recta aplicación del mismo. *Omnis judex*, decía el mismo Justiniano, *custodiat leges et secundum eas proferiat sententias*» (1).

---

(1) Esta idea de que los jueces deben fallar, no *de legibus*, sino *secundum leges*, se viene considerando por la generalidad de los escritores como axiomática. Ya hemos visto (§ 38) lo que tocante al particular dice Cogliolo, que es, en suma, lo que dicen los demás y lo en armonía con la concepción corriente acerca de las relaciones entre los órganos de la función legislativa y los de la judicial. «*Todos* los escritores—afirma Fiore (ob. cit., pág. 502)—están de acuerdo en admitir que los jueces no pueden hacer indagación alguna tocante á la bondad de las leyes, ni tocante á su justicia; de donde algunos han deducido que, aun cuando una ley sea inconstitucional, la autoridad judicial no puede negarse á aplicarla.» No puede hallarse afirmación más explícita de que el papel del juzgador es completamente mecánico, de que los funcionarios del orden judicial no son sino instrumentos ciegos de la voluntad del legislador, y de que no hay más derecho, ni positivo ni natural, que lo que éste declara y formula como tal.—Sin embargo, la tesis anterior sólo se sostiene en principio y como para dar satisfacción á las teorías dominantes sobre la división, naturaleza y funciones de los poderes: porque en realidad los mismos mantenedores de aquélla conceden á la autoridad judicial facultades para criticar los preceptos legales, para modificarlos según justicia (aunque sin salirse del texto de los mismos), y hasta hay quien les da atribuciones para examinar la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes, y para negarse á aplicar aquellas que, *á juicio del mismo juez*, no reunan los requisitos exigidos por la Constitución, que es lo que sucede en algún país, como los Estados Unidos (V. Posada, ob. cit., t. II, lib. VI, capítulo V). Mas aún: se llega á decir que los jueces pueden negarse á aplicar aquellas leyes en cuya confección no se hubieran observado las formas regulares. Y no digamos nada de la no aplicabilidad de los decretos, reglamentos y otras disposiciones del poder ejecutivo, cuando el juzgador estime que son contrarios á las leyes.—Como se ve, aunque es fácil decir que la misión del juez debe concretarse á aplicar la ley, es muy difícil saber cuáles son las disposiciones que deben estimarse como leyes. Aquí se presentan ciertos problemas, cuya solución corresponde más bien al derecho constitucional.

Digitized by Google

54. Algunos, sin modificar sustancialmente la anterior doctrina, antes bien aceptándola en todas sus partes, le han dado nueva forma, diciendo que todo juicio es un verdadero silogismo, cuya premisa mayor es el precepto jurídico formulado con anterioridad á la realización del hecho que al mismo debe ajustarse, la premisa menor es este hecho y la sentencia es la conclusión. «En la aplicación de la ley, tal y como la verifica el juez—escribe Trendelenburg (1)—el proceso lógico representa un *silogismo*, en el que la proposición mayor corresponde á la ley vigente, y el caso especial á la menor, de donde deriva la sentencia como conclusión. La ley vigente es por sí misma estable y constante, pero la inteligencia de la misma y, por tanto, el campo de su aplicación puede ser dudoso. ... Como el caso especial debe ser referido á los motivos de su legalidad ó de su injusticia, es preciso que sea reconocido en su concepto, como una especie de la ley general, ó excluído del mismo. Dándose la ley (la mayor) como pensamiento y el caso práctico por su propia naturaleza como hecho ciego, este último debe ser transformado, mediante el lado del derecho, en el pensamiento que le sirve de base, como propia esencia. De esto se ocupa el método analítico en la determinación del caso especial.»

Lo que se acaba de decir abarca, en la idea del autor, tanto los juicios civiles como los penales. Por consiguiente, la aplicación de las leyes en estos últimos implica también, lo mismo que en los primeros, un verdadero silogismo. Pero, además, lo afirma de un modo categórico el padre de toda la dirección científico-penal reinante y de las legislaciones que en ella se inspiran, César Beccaria, el cual dice (2): «En todo delito debe hacer el juez un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme ó no á la ley; la conse-

(1) Ob. cit., § 76, pág. 162.

(2) *Dei delitti e delle pene*, edición de la *Biblioteca universale*, Milán, 1884, § IV, págs. 40-41.

Digitized by Google

cuencia, la libertad ó la pena. Cuando el juez se vea obligado, ó quiera él por sí hacer dos silogismos, se abre la puerta á la incertidumbre.»

55. Ahora bien: si las dos premisas del silogismo estuvieran perfectamente claras, ninguna dificultad habría en sacar la conclusión de las mismas, en dictar la sentencia, aplicando la ley al caso concreto. Pero no siempre sucede así, dicen los autores; antes bien, es frecuente que la ley que tiene que ser aplicada se preste á ser entendida de diversas maneras, ó bien que se encuentren en ella defectos de expresión que la hagan oscura, ó que por otro motivo cualquiera haya necesidad de determinar previamente su sentido y alcance. «En tal caso, á la aplicación debe preceder la interpretación, que fija los límites de la premisa mayor en la determinación de su concepto» (1). «Es evidente, dice Fiore (2), que, para decidir conforme á la ley, conviene conocer exactamente y sin duda de ningún género la regla legislativa aplicable á la relación de que se trata. Ahora bien: á causa de la necesaria imperfección de las cosas humanas, puede muy bien acontecer que resulte difícil el adquirir idea exacta de la *regula juris*. Lo cual puede ser hijo de que en la disposición legislativa exista alguna imperfección procedente de defectos de expresión y forma, ó de que, tocante al contenido de la misma, no se pueda decir con seguridad si el caso que se controvierte debe hallarse comprendido ó excluído de la disposición misma. En semejante hipótesis, para bien aplicar la ley, corresponde al juez fijar y poner en evidencia el concepto preciso del legislador, adquiriendo idea clara, segura y completa de la disposición legislativa, mediante la interpretación de la misma.

«De donde resulta que la interpretación de las leyes ha sido de *uso constante* y considerada como *una de las funciones del poder judicial*. Los legisladores mismos la han reconocido como

(1) Trendelenburg, ob. cit., § 76, pág. 162.

(2) Ob. cit., págs. 510 y sigs.

Digitized by Google

indispensable, lejos de proscribirla, y se han limitado la mayor parte de las veces á dar ciertas reglas respecto de la misma, á fin de que no se extralimitase de los propios confines en que debe hallarse contenida.

.....

»La interpretación es *necesaria* en todos los casos en que se deba aplicar la ley, y puede considerarse indispensable en los siguientes:

»1.° Cuando la regla no aparezca clara y terminante, ora porque el legislador haya empleado palabras que tengan un significado vago é indeterminado, ora por haber empleado una forma de construcción que dé margen á dudas.

»2.° Cuando, teniendo las palabras empleadas una significación clara y determinada, no expresen, sin embargo, con exactitud, el pensamiento del legislador, y pueda, por consiguiente, haber duda en cuanto al contenido ideológico de la disposición legislativa, *mens legis*.

»3.° Cuando la ley sea insuficiente sin género alguno de duda, no ya por causa de oscuridad proveniente de la forma, ó por falta de seguridad en el contenido, sino por ser incompleta y por haber previsto los casos ordinarios, pero no aquel especial de que se trata, de manera que, atendido el silencio del legislador, pueda parecer que falta la *regula juris*.

.....

»Cualquiera que sea el motivo por el cual se hace necesaria la interpretación, ésta va encaminada siempre á determinar de una manera exacta lo que el legislador ha entendido y querido, esto es, el concepto jurídico de la disposición legislativa. Este concepto resulta de cada uno de los tres elementos que contiene toda disposición de ley, que son: 1.°, el hecho, ó el caso que se ventila; 2.°, la relación jurídica que el legislador ha querido regular; 3.°, la *regula juris* formulada por éste.

»De todo lo dicho resulta que la interpretación *sólo puede tener lugar* cuando exista *ambigüedad*, ó *duda*, ó *equívoco* respecto

Digitized by Google

de uno ó de otro de los elementos de la disposición legislativa; y por consiguiente, cuando éstos estén determinados de una manera tal que no puedan confundirse con ningún otro, *no puede darse el caso de tener que recurrir á la interpretación...*

»Por lo tanto, la regla comunmente admitida, á saber: que *la ley que esté clara no necesita ser interpretada,* no debe aplicarse tan sólo á la ley que desde luego y en todas sus partes sea perfectamente inteligible, sino que es preciso hacerla extensiva á toda otra ley cuyo concepto esté de tal manera circunscrito y determinado, que se pueda distinguir de cualquier otro. Por lo cual, si aclarando la disposición, llega ésta á tener un sentido circunscrito y determinado, *no debe haber lugar á la interpretación,* á fin de no ampliar tanto las funciones del juez, que llegue á conferírsele la *potestad legislativa. Unicamente* cuando la oscuridad procede de la *ambigüedad,* ó de que las palabras empleadas por el legislador tengan ó puedan tener *varios sentidos,* ó de que la relación jurídica regulada sea *dudosa,* es cuando nace la facultad que incumbe al magistrado de interpretar la ley.»

Fiore no hace aquí otra cosa que reproducir, condensándola, la teoría comunmente aceptada tocante á la interpretación de las leyes, al concepto de ésta, razones que la motivan y casos en que debe hacerse uso de ella. Por lo mismo, podemos tomar la doctrina de este autor como tipo de la que exponen, expresa ó implícitamente, la generalidad de los escritores, incluso los escritores de materias penales; porque en las palabras que hemos citado no se contiene otra cosa que las reglas más generales y más amplias de la hermenéutica jurídica, á las que no puede sustraerse, en razón de su misma amplitud, ninguna esfera jurídica, á menos que se diga que en ella no puede tener lugar la interpretación (1). Por consiguiente, las

(1) En realidad, esto es lo que acontece en el orden penal. Los autores hablan de la interpretación de las leyes que al mismo se refieren, aceptan la definición que de aquélla se da ordinariamente, y comienzan por hacer suyos

Digitized by Google

observaciones que vamos á hacer se aplican á toda interpretación, lo mismo á la de las leyes penales que á la de todas las demás.

56. Primeramente, es, á nuestro juicio, un error, y muy generalizado, el de creer que la interpretación no puede ni debe tener lugar, sino cuando las leyes sean oscuras, ambiguas ó deficientes. Fiore hemos visto que lo dice de una manera terminante; pues si bien confiesa que «la interpretación de las leyes ha sido de *uso constante* y considerada como *una de las funciones del poder judicial*», que «los legisladores mismos la han reconocido como *indispensable,* lejos de proscribirla», y que «la interpretación *es necesaria en todos los casos en que se deba aplicar la ley*», la verdad es que estas afirmaciones aisladas están desmentidas por el sentido total de su doctrina, que es opuesto á la idea que pudiera creerse encerraban las frases transcritas, y por otra multitud de afirmaciones contradictorias con aquéllas, de que están llenas las páginas de su obra. Algunas de estas afirmaciones son tan terminantes, que no dejan la menor duda de que el pensamiento del autor es que la interpretación es una función que *solamente en algunos casos* pueden ejercitar los tribunales: en los casos en que la ley sea oscura, ambigua ó deficiente (2). Esta es también la opinión de Trendelenburg y de la mayoría de los tratadistas.

Al contrario, nosotros creemos que «la interpretación acompaña inexcusablemente á todo juicio», por lo mismo que en

---

algunos principios relativos á la interpretación de todas las leyes y algunas reglas sobre el particular; pero bien pronto se olvidan de todo ello para venir á negar, en último resultado, al juez penal toda facultad discrecional, para convertirlo en mero ejecutor mecánico de los preceptos legales y para prohibirle, en lo tanto, toda función interpretativa. Ya lo iremos viendo en el curso de este capítulo.

(2) En los pasajes citados poco hace, lo afirma de un modo categórico. Fije el lector la atención en lo que dice en los últimos párrafos copiados, y sobre todo en las palabras que hemos subrayado en ellos. Por lo demás, los lugares en que repite, bajo diferentes formas y respectos, lo fundamental de esta idea, son muchos.

Digitized by Google

éstos se trata de saber si una regla jurídica anteriormente formulada, y cuyo sentido y propósitos hay que averiguar, es ó no aplicable á un caso concreto (1). ¿No es forzoso, ineludible, *entender* previamente la regla jurídica para poder *aplicarla?* Y aun suponiendo que aquélla sea sumamente clara, con claridad igual para todos, lo que es imposible; que no ofrezca para nadie, después de conocerla, duda de ningún género, ¿no es siempre obligado hacer un trabajo intelectual, que consiste en saber si el hecho que se controvierte (la premisa menor de Trendelenburg y Beccaria) puede considerarse incluído en aquélla, en la regla (premisa mayor), según el sentido que á la misma ha dado el legislador? Y este trabajo, ¿no es propiamente interpretativo? ¿No lo es asimismo todo otro que tienda á *aclarar* y *explicar* la disposición legislativa, el cual, sin embargo, no cae, según Fiore, dentro de la esfera de la interpretación, puesto que ésta, para él, «supone siempre la ambigüedad ó la duda respecto á alguno de los elementos que constituyen el concepto jurídico de la ley»? ¿Dónde puede decirse que la ley deja de ser ley que necesita ser meramente *explicada* y *aclarada*, para convertirse en ley ambigua ó dudosa que requiere ya ser *interpretada?* Se trata sencillamente de una cuestión de más ó menos, de una cuestión de grado, y sabido es que esto no basta para alterar la sustancia de las cosas. Unas veces, tendrá precisión el jurisconsulto ó el juez de hacer una labor interpretativa más honda y detenida que otras; alguna vez tendrá que llegar hasta reconstruir, después de mucho esfuerzo, una regla que á primera vista no existía ó que se presentaba muy dudosa, mientras que otras veces con escaso estudio obtendrá el mismo resultado. Pero la función que desempeña es *en todos los casos la misma:* si en los unos aclara y explica la ley, en los

(1) Véase cuanto queda dicho en el capítulo anterior acerca de la jurisprudencia como fuente de derecho; la mayor parte de lo expuesto en aquel lugar puede ser reproducido aquí, porque precisamente la interpretación es el procedimiento que da por resultado la jurisprudencia.

Digitized by Google

otros también la aclara y explica; si en los unos la interpreta, la interpreta también en los otros. Al cabo, ¿qué es interpretar sino explicar y aclarar las normas de derecho, penetrar en su sentido y espíritu, indagar su propósito? «Determinar el pensamiento que reside en la regla: tal es el objeto de la interpretación. Es el pensamiento, *por su propia naturaleza, intransmisible, inefable*, no manifestándose al exterior sino mediante un sistema de *signos* que, aun en el lenguaje más perfecto, alcanzan tan sólo á dar una como muestra ó indicio bastante á despertar en otras inteligencias las ideas á que se refieren. *De aquí la necesidad, en toda comunicación social*, de esta especie de traducción, mediante la cual atribuímos al signo aquel sentido que, *hallado en nuestro propio pensamiento, juzgamos* le corresponde. *En esto consiste la interpretación*, la cual es, por tanto, una operación *necesaria* en todo comercio intelectual, y la interpretación jurídica, una de sus particulares esferas» (1). Y entendida de esta manera, que nos parece la más exacta, la interpretación, «lejos de ser, como se ha solido afirmar, una atribución propia del legislador, mediante cuyo consentimiento, tácito ó expreso, pudiera únicamente ser ejercida por los miembros del Estado, *corresponde siempre á éstos, y sólo á ellos*, que son los que han de cumplir, sea como ciudadanos, sea como funcionarios públicos, la regla jurídica establecida» (2).

Por otra parte, las leyes son fórmulas generales que se dan en vista de los casos ocurridos *hasta el momento* de su confección, y no preven los que *en adelante* pueden ocurrir con carácter de verdadera novedad y respondiendo á los nuevos elementos, necesidades, etc., sociales. Son en tal sentido, como ha dicho Ferrero (3), símbolos cristalizados, verdaderas mo-

---

(1) Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho*, Madrid, 1887, página 204.

(2) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 205.

(3) Guillermo Ferrero, *I simboli in rapporto alla storia ed alla filosofia del diritto, alla psicologia ed alla sociologia*, Turín, 1896.

Digitized by Google

mias de tiempos ya pasados, para vivificar las cuales y hacer que sean algo más que cuerpos muertos, hay que infundirles sangre joven, darles contenido de actualidad, cosa que sólo puede lograrse por medio de una interpretación inteligente que ensanche los estrechos y petrificados moldes de las mismas.

57. El motivo de las restricciones impuestas al concepto de la interpretación, aunque con ello se la haga perder su verdadera naturaleza, como acabamos de ver, no es otro sino el temor de que las funciones del juez se amplíen tanto, que llegue á conferirse á éste la *potestad legislativa*; pues si tal sucediese, «se originaría la confusión de los poderes y se violaría el *canon fundamental* de la constitución de todo Estado bien organizado, á saber: la *separación* entre el poder judicial y el poder legislativo» (1). A este prejuicio, que se refiere, lo mismo á la materia penal que á las demás, hay que añadir otro privativo de ésta, por virtud del cual, no es posible otorgar amplitud alguna al juez penal, porque sería tanto como concederle facultades para crear á su arbitrio delitos y penas, y ya se sabe que esto sólo puede hacerlo el legislador en persona (2). Ahora, si tanto uno como otro de estos prejuicios tienen que desaparecer, y poco á poco van desapareciendo, claro está que también habrá de rectificarse la idea que, como consecuencia de los mismos, se tiene de la interpretación.

A nuestro entender, la cuestión que nos ocupa no consiente más que una de estas dos soluciones: ó reconocer que la interpretación es una función *esencial* en todo juicio, que, por tanto, no puede faltar en ninguno de éstos, ni puede negarse en ningún caso á los juzgadores,—con lo cual se admite el arbitrio amplísimo de los tribunales para el desempeño de su misión, se echa por tierra el dogma constitucional de la división de

(1) Fiore, ob. cit., págs. 501 y 517.—Véase el cap. II, § 38, pág. 102, nota 2.

(2) Véase el cap. I.

Digitized by Google

poderes y se concede al juez facultades legislativas (1); ó negar de un modo radical, absoluto, toda atribución interpretativa en los juzgadores,—con lo cual se respeta, sí, el principio constitucional referido y se pone á cubierto al ciudadano de los abusos de los jueces (bien que sólo en abstracto, en teoría, de modo alguno en la realidad), pero se afirma también que todos los asociados, sean simples particulares, sean órganos de los diferentes poderes, son esclavos del legislador y de sus antojos, no pueden tener iniciativa de ningún género, ni pueden permitirse pensar que hay más derecho que lo que el legislador mande, ni á sus disposiciones puede atribuírseles, para reputarlas justas y adecuadas á las exigencias de la vida, otro sentido que el que él les atribuya, porque únicamente él es el depositario de la justicia y el único intérprete posible de sus leyes. Es para nosotros una cosa clarísima la imposibilidad de admitir en esta materia términos medios: si la facultad de interpretar es propia de los tribunales, ha de serlo *en todos los casos y para todas las leyes;* no se les puede reconocer en unos casos y en otros no; si se tiene el temor de que abusen de ella y se erijan en legisladores, niégueseles de un modo total. Otra cosa es tener que proceder arbitrariamente en la designación de los casos en que la facultad de interpretar se les concede y de aquellos otros en que se les niega y no se les reconoce más que la facultad de aplicar las leyes, ó á lo más de aclararlas y explicarlas.

Los tratadistas han tenido que advertir la imposibilidad de decidirse por el segundo de los extremos referidos, ó sea por el de negar en redondo al juzgador toda atribución interpretativa, porque sería tanto como incapacitarle en absoluto para obrar; y entonces, lo que han hecho es tolerar la interpretación, pero como un mal necesario, como un recurso verdaderamente peli-

(1) Cosa que muchos consideran como un peligro para la libertad y demás derechos del individuo, pero que á nosotros nos parece un beneficio inmenso que ha de traer el progreso de las ideas y de las instituciones. Véase lo que dejamos dicho en los capítulos I y II.

Digitized by Google

groso, por lo cual han restringido todo lo posible el número de casos en que aquél, el juzgador, debe hacer uso de la misma. Le han atribuído el carácter de un remedio extremo, extraordinario, supletorio, anormal, de que deberá echarse mano con tanta menor frecuencia, cuanto más temor haya de que el juez pueda convertirse en legislador, y de que al hacerlo se prevalga de su situación para causar perjuicios á los ciudadanos. Por eso, en las materias que se dicen odiosas, como en las penales, es donde más repugnancia sienten los autores á dar latitud á los jueces y jurisconsultos para que interpreten las leyes; por eso, en el orden penal no valen siquiera, según veremos, las reglas generales de interpretación para todas las leyes, sino que, ó se les niega desde luego todo valor, ó se reduce tanto éste, que viene á quedar convertido en cero.

Mas aquí, como siempre, se impone la realidad y, por mucho que se haga, no podrá evitarse que el magistrado ejerza la función interpretativa, que es *inherente* á su oficio, y que se constituya, como debe, en legislador de cada caso particular en que es llamado para administrar justicia. Tan *esencial* es la interpretación al cargo de juez, de tal manera es preciso hacer uso de ella en *todo* juicio y tan imposible es proscribirla, como se pretendería, por los motivos indicados, que las mismas leyes y escritores que la prohiben tienen que reconocer su impotencia, y venir á aconsejar, en último resultado, su uso, no ya cuando la disposición legal sea oscura ó deficiente, sino cuando es bien clara y no puede ofrecer duda alguna. Más adelante pondremos algún ejemplo de lo que decimos.

58. Otra observación tocante al concepto de la interpretación. Se repite á menudo que ésta consiste en desentrañar el pensamiento del *legislador*. Y tal es la idea que de la misma tenemos, por regla general, todos. Ahora bien: ¿qué es lo que debe entenderse por legislador? Difícil es decirlo. En los tiempos antiguos, cuando la ley era realmente obra de un hombre solo (jurisconsulto ó príncipe), ó de muy pocos, y en su formación se seguía un orden sistemático de ideas, podía sin dificul-

Digitized by Google

tad decirse quién era el legislador (1) y qué es lo que habría querido. Pero, hoy, que las leyes son hijas de la cooperación de gran número de personas, y son como la resultante de la lucha de sinnúmero de fuerzas, á menudo contrarias, siempre distintas, que existen en la sociedad, y cada una de las cuales pretende dominar sobre las otras, el determinar qué es lo que se debe entender por legislador y cuál haya sido el pensamiento que lo inspirara al formular la ley, es punto menos que imposible. Por eso se dice que el legislador es, en los modernos pueblos civilizados, un mito (2). En la confección de las leyes, intervienen hoy, como es sabido, no tan sólo los órganos del poder llamado por antonomasia *legislativo*, esto es, las Cámaras ó Asambleas, compuestas de representantes de muy diferentes regiones, de varios y opuestos intereses económicos, políticos, religiosos, de clase, de partido, de localidad, etc., etc., sino también los órganos de otros poderes: los ministros, como órganos del poder ejecutivo, con sus proyectos de ley, que sacan á flote mediante el apoyo de las mayorías parlamentarias, con el ejercicio de la llamada potestad reglamentaria, legislando por medio de reales decretos, reales órdenes, reglamentos, etc.; el poder real ó presidencial, con sus facultades de sanción y veto, con la de disolver y convocar las Cámaras, y demás. Y no sólo intervienen en la formación de las leyes los órganos oficiales del Estado, sino otros muchos semioficiales, como las comisiones legislativas, de códigos, etc., y extraoficiales (secretarios particulares del ministro, personas de reconocida competencia ó de la confianza de éste, y llamadas por el mismo para que estudien y le preparen los proyectos, que después él convierte en leyes ó en decretos), cuya labor, no por ser más callada que la de los órganos oficiales, es menos real. A todo lo cual hay que añadir que ya las leyes no pueden hacerse por vía de pura

(1) Ferri, *Interpretazione della legge e scuola positiva*, en la revista *Scuola positiva*, III, 1893, pág. 159.

(2) V. Ferri, loc. cit. V. también la pág. 57, notas 1 y 2.

Digitized by Google

deducción de normas y principios absolutos de derecho natural independientes de las circunstancias de lugar, tiempo, etc.; sino que han de responder precisamente á estas circunstancias, á la situación histórica de la sociedad para que se dan; y en lo tanto, deben incluirse en ellas las exigencias de esta sociedad, representadas por las costumbres que poco á poco se hayan ido y se vayan formando.

De donde resulta: 1.° Que las leyes de un país son el producto de *todos*, absolutamente de todos los elementos que dentro del mismo (1) obran, si bien la intervención de los unos sea más directa, más eficaz, ó más aparente que la de los otros. 2.° Que por *legislador* debe entenderse, en lo tanto, la sociedad entera, no una parte tan sólo ó un órgano de la misma. 3.° Que el pensamiento de este legislador habrá que investigarlo estudiando todos los factores que intervienen en su producción. 4.° Que esta investigación es siempre necesaria para aplicar la ley con justicia.

Ahora bien: esta investigación es precisamente lo que constituye la interpretación, la cual, por lo mismo, debiera definirse «la determinación del pensamiento que reside en la realidad social», ó lo que es lo mismo, la determinación de lo que en cada caso debe hacerse para satisfacer las exigencias de la realidad social. La *realidad social:* he aquí el verdadero legislador; he aquí, pues, la fuente de toda regla jurídica, la fuente de toda justicia, la fuente única en que deben beber los encargados de administrarla (2).

(1) Y hasta fuera del mismo. Por ejemplo: cuando se trata de dar una ley nueva, ó de reformarla, es frecuente acudir á otros países para ver lo que en ellos se ha hecho tocante al particular, lo que enseñan sus tratadistas, etc. Así que, en cierto sentido, puede decirse que las leyes, no solamente no son obra de un solo individuo ó de pocos individuos, sino que ni siquiera son obra exclusivamente nacional, son más bien el resultado de una colaboración verdaderamente humana. Este carácter *humano* de las leyes (como, por lo demás, de toda la vida) se va acentuando cada vez más, á medida que va siendo más frecuente y más íntima la comunicación entre todos los pueblos de la tierra.

(2) Trendelenburg distingue la interpretación en «*formal*, cuando establece

Digitized by Google

Así es como se logrará romper de una vez con el respeto supersticioso que se viene, de largo tiempo, teniendo al legislador, como el depositario exclusivo del derecho; así se emanciparán los juzgadores de la irracional veneración que prestan á las declaraciones de voluntad de aquél, esto es, á las leyes; así comenzarán á considerar la interpretación como atribución inseparable suya, y se creerán obligados á hacer decir, mediante ella, á la ley, no lo que se presume que el que la hizo debió querer que dijera, de una manera rígidamente igual y para todos los casos, sino lo que debe decir en cada momento y según las cambiantes necesidades de la vida social, de los individuos que se hallan enmedio de ella, de las condiciones variadísimas que les rodean. Y «si no sucediera así—dice perfectamente Sighele (1)—la ley, en vez de ser un organismo vivo y elástico, se convertiría en un organismo inmóvil y refractario á todo progreso, y la labor utilísima de la jurisprudencia vendría á resultar completamente estéril en todos los casos en que el compilador ó compiladores del Código hubieran declarado expresamente la extensión y el alcance que querían dar á un artículo. La ficción que envuelve la palabra *legislador*, con la cual queremos indicar la voluntad que creó la ley, tiene la ventaja de romper para siempre, una vez promulgada ésta, las relacio-

---

el sentido de la ley por motivos gramaticales ó por medio de observaciones lógicas sobre la forma, y *real*, cuando deduce el campo de la aplicación de la ley, de su fin y del motivo interno, es decir, de la razón de la ley *(ratio legis)*». También la divide en *jurídica* y *ética*: la primera es la que prefiere el aspecto formal y lógico al motivo ético; la segunda, por el contrario, la que busca, bajo las apariencias externas de la ley, su impulso moral ó propósito ético: aquélla se fija principalmente en la letra de la ley, ésta, en su espíritu (Trendelenburg, ob. cit., § 77, págs. 163 y 164). Ahora bien: los escritores suelen preferir, á la interpretación real y á la ética, la formal y la jurídica, por temor á que estas últimas «*ofendan la idea del derecho formal y lo hagan incierto*» (Trendelenburg, l. c.); nosotros, en cambio, preferimos la real á la formal y la ética á la jurídica, por las razones indicadas en todo el presente capítulo. Esto es, en otras palabras, lo que en el texto se dice.

(1) *La teorica positiva della complicità*, Turin, 1894, pág. 163, nota.

Digitized by Google

nes entre la misma y sus autores, y de hacer que éstos desaparezcan sin volver á ejercer influjo alguno sobre la ley, la cual desde aquel momento se atribuye á un ente impersonal que se designa justamente con el nombre de *legislador*».

59. Parece, pues, en vista de lo dicho, que la interpretación debe ejercitarse sobre la realidad social, no sobre una fórmula abstracta que se pretende esté flotando sobre ella; ó lo que es lo mismo, que, en lugar de tratarse de interpretar la ley, la premisa mayor del silogismo de Beccaria y Trendelenburg, lo que debe ser interpretado es el hecho, la premisa menor. El propio Trendelenburg ha tenido que reconocerlo así, declarando que el silogismo que forma el magistrado cuando juzga, lo forma por un procedimiento diferente del que suele emplearse en el silogismo lógico: pues mientras en éste se procede deductivamente, partiendo de una tesis abstracta, que se llama premisa mayor, para reconocer contenida en ella la premisa menor, en aquél se procede inductivamente, partiendo del hecho concreto de que se trate, para averiguar si puede ó no referírsele á la fórmula general que representa la ley (1). Ahora bien: es llano que si los datos que deben servir de base al juicio los da el hecho que se pretende juzgar, es decir, son datos reales, ha de ser condición ineludible, para que el juicio sea exacto, observarlos, estudiarlos, conocer sus elementos, sus causas, sus relaciones, *interpretarlos*, en suma.

Hace ya mucho tiempo que se dijo: *ex facto oritur jus*, verdad que en principio todo el mundo reconoce, pero que después se olvida muy pronto, pretendiendo traer el derecho, no de los hechos, de la posición variabilísima que las cosas reales ocupan

(1) «El silogismo escolástico parte, por regla general, de la mayor; el silogismo práctico, al contrario, parte del caso especial que provoca la observación del derecho *(terminus minor)*; de modo que el predicado de la menor, hallado analíticamente, se convierte en término medio, trayendo consigo, como consecuencia, el concepto de la ley con sus efectos (término mayor), si es afirmativo, ó rechazándolo, si es negativo». (Trendelenburg, ob. cit., § 73, pág. 165.)

Digitized by Google

en *cada momento* y en *cada sitio,* y como sistema de medios aptos para responder á las necesidades (fines) que el sujeto advierte en aquéllas *(suum cuique tribuere);* sino de una región desconocida, sólo imaginada, por vía de derivación dialéctica de principios de absoluta verdad y justicia, hallados no se sabe por quién ni en qué forma, y como un sistema perfectamente orgánico de reglas inflexibles, á las que han de acomodarse, de grado ó por fuerza, y *siempre de igual modo, todas* las situaciones que en la vida se produzcan al presente y las que en lo sucesivo puedan producirse, por distintas que sean.

Ahora, si el apotegma que se acaba de recordar es exacto, nos parece que podemos sentar las siguientes afirmaciones, que son consecuencia obligada del mismo: *a)* Para aplicar el derecho, esto es, para administrar justicia, es absolutamente indispensable sacar la fórmula jurídica que ha de ser aplicada, del hecho mismo. El examen detenido de éste es lo que ha de decir qué se deberá hacer para dar satisfacción á la necesidad sentida. Por consiguiente, no puede haber otra interpretación que la del caso que va á ser juzgado. *b)* Como éstos no se repiten nunca en la realidad en forma completamente idéntica, sino que cada cual tiene su propia fisonomía, y como la realidad está perpetuamente variando, de cada caso habrá que sacar una regla jurídica, más ó menos afín con otras análogas, pero siempre con un sello particular suyo: cada caso requiere ser objeto de un examen, de una *interpretación* privativa, no siendo posible interpretarlo, sin más, como se hayan interpretado otros en apariencia semejantes. La idea según la cual la justicia debe administrarse por *igual á todos* debe ceder el puesto á la idea en virtud de la cual debe haber una justicia para cada individuo, ó mejor dicho, para cada acto de cada individuo *(suum cuique). c)* No puede existir un formulario de reglas de interpretación, como el que los autores vienen haciendo y aconsejando, por impedirlo la misma infinita diversidad de los hechos á que aquélla debe aplicarse. La interpretación no puede sujetarse á modelos ni á cánones fijos,

Digitized by Google

ha de ser obra personal del juzgador. Por eso, una administración de justicia racional exige como condición indispensable el arbitrio ilustrado de los órganos que la desempeñen. *d)* La formulación de la regla jurídica sacada de los hechos, ó sea la interpretación de éstos, para hacer en cada caso lo más conveniente, no pueden menos de ser una formulación y una interpretación realistas. Los que mejor podrán hacerlas, no serán los que más conozcan y sigan las pretendidas reglas de interpretación, tomadas de ciertas sentencias del derecho romano, y los pretendidos principios inmutables del derecho natural abstracto: serán los que más hayan estudiado la realidad, los que más hayan penetrado en sus entrañas y mejor sepan cuáles son sus exigencias. De aquí, que lo que el intérprete necesita es un gran caudal de conocimientos técnicos, adquirido en la observación directa de las cosas con las cuales más en relación se halla y en el estudio de las ciencias que tienen por objeto propio esta observación, en el estudio de las ciencias experimenmentales, sobre todo, de las que se consagran al hombre y á la sociedad. No podrá, pues, la interpretación hacerse con espíritu verdaderamente científico, sino cuando se la convierta en el estudio, mediante el método experimental, realista, de los fenómenos sociales, en el estudio del gran libro de la vida (1).

60. Ahora bien: aunque con muchísima lentitud y trabajo, las corrientes van por este camino, y lo que en el fondo se va buscando en la materia de interpretación es la interpretación de los hechos, no la de las leyes: importando poco que los escritores crean y digan á veces otra cosa. Primeramente, todos ellos aconsejan como reglas últimas de interpretación el derecho natural y la equidad, con lo que pretenden decir (§ 47) que la situación *real* de las cosas ha de *anteponerse* á lo precep-

(1) V. á este propósito el excelente discurso inaugural del curso de 1894-95, leído en la Universidad de Turín por el prof. S. Cognetti de Martiis: *Lo spirito scientifico negli studi sociali*, publicado en *La Riforma sociale*, de Turín, t. II, 1894, págs. 678 y sigs.

Digitized by Google

tuado por la ley, en caso de haber oposición entre lo uno y lo otro, porque *summum jus, summa crux; summum jus, summa injuria* (1). En segundo lugar, es también cosa admitida, aunque, como veremos, se hace una excepción en la materia penal, la de que el espíritu de las leyes es lo que ante todo debe buscarse en ellas, y claro está que este espíritu no es sino lo que deben decir para ser justas, ó sea lo que conviene que digan en vista de la *disposición de las cosas*. Otro tanto ocurre con lo que se llama motivo de la ley, *ratio legis, mens legis,* los cuales son perfectamente objetivos, históricos, *reales, no dependientes de la voluntad del* llamado *legislador* y «cuyo recto conocimiento puede el intérprete lograr con iguales, y aun á veces mayores, probabilidades de acierto que el legislador mismo» (2). Este conocimiento no puede adquirirse, sino indagando *realistamente* las condiciones *de hecho* que dieron origen á la ley que se trata de interpretar y aplicar, y aquellas otras que rodean al caso á que la aplicación ha de hacerse. Del propio modo, la introducción, especialmente desde Savigny, del elemento *histórico* como indispensable para interpretar las leyes, es una prueba de que esta función ha de cambiar y va cambiando de sentido.

Pero lo que sobre todo indica de una manera indudable el cambio, es la exigencia, cada día más imperiosa, más incontrastable y más generalizada, de que en la administración de justicia penal renuncien los jueces á habérselas con *un* delito, concebido abstractamente como producto exclusivo de la voluntad del sujeto, y por tanto igual para *todos* los individuos, y procuren entendérselas con *el* delito específico que tienen delante, *distinto* de todos los demás delitos, y con el *delincuente* que lo ha cometido, averiguando las múltiples *causas* efectivas que hayan convertido á éste en un instrumento para realizar aquél, y arbitrando los oportunos medios para contener ó atenuar la

(1) Véase, entre otros, Trendelenburg, ob. cit., § 83, págs. 177-179, y Giner y Calderón, ob. cit., § 83, pág. 213.

(2) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 207.

Digitized by Google

eficacia de las mismas. Esta moderna y avasalladora tendencia, engendrada al calor de las nuevas investigaciones, y según la cual, á la interpretación de las leyes al modo antiguo debe reemplazar la interpretación de los hechos, es la que va haciendo que cada día sientan los tribunales con mayor fuerza la necesidad de recurrir al auxilio de los conocimientos técnicos y científicos para poder basar sobre ellos sus decisiones. De aquí la intervención constante, de vez en vez mayor, que los que se estiman como mejores *intérpretes de la realidad*, esto es, los peritos de todas clases, van teniendo en la administración de la justicia penal (1). El progreso científico viene enseñando que á la producción del delito, lo mismo que á la de todo fenómeno social, concurre un complejísimo número de factores, cuya respectiva eficacia hay que determinar, al menos aproximadamente (2), para dar en cada caso satisfacción á las exigencias

(1) Sólo á este título nos parece que puede justificarse la creación de un cuerpo *permanente* de peritos, propuesta por la *Revista de los Tribunales*, á raíz de un proceso célebre (el de la muerte de Antonia López Piñeiro, atribuída á José Vázquez Varela), y con el principal, sino único, propósito de «evitar espectáculos, como el que los peritos médicos dieron en dicho proceso», informando de *opuesto* modo acerca del *mismo* hecho los peritos de la defensa que los de la acusación. A su tiempo expusimos nuestra opinión sobre el asunto (*La España moderna*, Mayo de 1894).—También Tarde parece que preferiría el establecimiento de un cuerpo permanente de peritos, análogo al *tribunal de superárbitros* que existe en Alemania, «institución, añade, que ha sido aprobada—signo de los tiempos—por un distinguido juez de instrucción, M. Guillot, según el cual de este modo se evitaría el espectáculo de «magistrados y de abogados, tan incompetentes los unos como los otros, que discuten delante de los jurados (más incompetentes aún, seguramente) los más delicados problemas de la medicina y de la toxicología». (*Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, páginas 456-57.) En el Congreso médico de Roma, de 1894, se propuso también la creación de Cuerpos de peritos médico-legales.

(2) En la administración de justicia, como en todo problema referente al hombre, y creo que podría añadirse que en todo problema referente á la naturaleza, no puede jamás llegarse á una solución matemáticamente satisfactoria: en primer lugar, porque nunca se llegan á conocer con absoluta precisión los datos ó elementos del mismo; en segundo, porque estos datos están

Digitized by Google

de la justicia, que son las exigencias de la realidad, las exigencias de dichos factores. Esta determinación previa han de hacerla los tribunales, en la forma mejor que les sea posible; por eso hoy se ven obligados á acudir, cuando no se obstinan en

---

continuamente variando, ya que en la naturaleza no hay nada eternamente inmóvil, y en tercero, porque la manera como tales elementos se combinan y entrecruzan es muy varia. Ahora, la dificultad es, naturalmente, mayor cuanto mayor sea el número de los elementos que se combinen y cuanto más varíen éstos: por lo que donde mayores son las perplejidades y las dudas, es, de ordinario, en los problemas sociales, cuyos elementos y factores puede decirse que son infinitos é infinitamente variables. Mas no por eso se debe renunciar á estudiarlos. Hay, ante todo, que vivir, y hay que vivir lo mejor que se sepa y que se pueda. En la vida, se tropieza uno á cada paso con obstáculos que hay que vencer; si no se vencen, se sucumbe víctima de ellos. Pero hay diferentes maneras de conseguir la victoria: acometiendo brutalmente y á ciegas, cortando el nudo, ó apoderándose de los hilos que lo forman y desatándolo. Proceden del primer modo aquellos que resuelven las cuestiones haciendo uso de fórmulas abstractas, que pretenden haber derivado directamente de la razón; proceden del segundo modo aquellos que observan y estudian la realidad de las cosas: los primeros dan soluciones, según ellos de justicia estricta y matemática, invariablemente igual; los segundos dan soluciones de justicia relativa, imperfecta, rectificables á medida que se vaya avanzando en el conocimiento de la realidad. De aquí que, mientras los que hacen uso del primer procedimiento creen que los problemás sociales de todo género, económicos, jurídicos, etc., pueden y deben resolverse con el solo auxilio de la rasón especulativa y de una vez para siempre, con prescisión de los datos efectivos y concretos, los que emplean el segundo procedimiento están persuadidos de que, ni tal solución puede conseguirse sino mediante el análisis de referidos datos, ni esta solución será jamás definitiva: se irá aproximando cada vez, á medida que se avance en el conocimiento de los datos, á la justicia típica, mas sin alcanzarla nunca. Es la asíntota, con relación á la línea recta. Esto es lo que puede ser y lo que tiende á ser la administración de justicia penal inspirada en el moderno sentido realista y sociológico, la administración de justicia cuyos órganos deben examinar é interpretar la realidad causadora del delincuente y del delito; á diferencia de lo que era la administración de justicia penal antigua, en la cual se daba al juez en el Código todos y los únicos datos que podía y debía tener en cuenta para desempeñar su misión sin el menor peligro de caer en error (*nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*), y su trabajo quedaba reducido á interpretar el Código, á escudriñar en su articulado los arcanos designios del legislador.

Digitized by Google

proceder arbitrariamente, á aquellas personas que, por razón de sus estudios, se presume que pueden hallarse en condiciones de facilitar los datos que han de servir de base al fallo, esto es, á los peritos, á aquellos que han consagrado parte de su actividad al conocimiento de la naturaleza, del hombre y de la sociedad, y que, á falta de otros mejores, pueden desempeñar, con respecto al arte de la administración de justicia, el mismo papel que los ingenieros desempeñan con respecto á las artes mecánicas é industriales.

61. Aun cuando este punto de vista se puede considerar ya hoy como corriente entre buen número de escritores y de penalistas (1), el que lo ha expuesto de una manera más orgánica y más detallada ha sido M. Manouvrier (2), de cuya doctrina nos parece oportuno resumir aquí lo más esencial y pertinente á nuestro objeto; advirtiendo desde luego que lo que él dice con relación á la antropología puede y debe decirse, *mutatis mutandis*, de todas las demás disciplinas que toman como objeto de estudio la realidad, especialmente aquella parte de la realidad con la que más inmediatamente tienen que rozarse

---

(1) Es, por ejemplo, el punto de vista acerca de las relaciones entre la ciencia y el arte, tan brillantemente desenvuelto por René Worms en varios trabajos publicados en la *Revue internationale de sociologie*, que él mismo dirige; t. I (1893): *La sociologie*, págs. 3-16, *Essai de classification des sciences sociales*, págs. 437-448; t. II (1894): *La sociologie et l'économie politique*, págs. 436-445, *L'organisation scientifique de l'histoire*, págs. 641-659, y sobre todo en su memoria presentada al primer Congreso del *Instituto internacional de Sociología*, sobre *La science et l'art en matière sociale*. Es también el punto de vista acerca de las relaciones entre la sociología criminal y el derecho penal, defendido por Liszt (Véase el *Bulletin de l'Union internationale de droit pénal*, t. IV, 1893, págs. 128-145, y el *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, sexta ed., Berlín, 1894, Introducción, II, §§ 13, 14 y 15, págs. 54-62), por Gauckler (*Bulletin* citado, páginas 37-46), por Ferri (*Sociologia criminale*, Turín, 1892, conclusión, págs. 767-777), por Dorado (*La sociologia y el derecho penal*, en la *Revista de Legislación*, t. 86, 1895, págs. 26-40) y por otros.

(2) En el trabajo sobre *L'Anthropologie et le droit*, publicado en la *Revue internationale de Sociologie*, t. II, 1894, págs. 241-278 y 351-370.

Digitized by Google

los funcionarios del orden judicial: v. gr., la psicología, la pedagogia, la sociología, etc.

Los conocimientos humanos, dice Manouvrier, se han ido disponiendo, por la fuerza misma de las cosas, en tres grandes grupos:

1.° Ciencias que tienen por objeto el conocimiento de los diferentes órdenes de *fenómenos:* matemáticas, física, química, biología (anatomía, fisiología, psicología) y sociología.

2.° Ciencias que se proponen conocer integralmente las diferentes especies de *seres*; comprende todo el grupo de ciencias que se designa vagamente con el nombre de *ciencias naturales* ó de *historia natural:* cosmografía, meteorología, geografía y geología, mineralogía, botánica, zoología (que comprende un gran número de ramas: ictiología, ornitología, etc.), y á la cual corresponde la antropología ó ciencia cuyo objeto es el mamífero hombre) (1).

3.° Artes que tienen por objeto la *acción* del hombre sobre la naturaleza, para lo cual utilizan más cada vez los datos de la ciencia. Estas artes, que han comenzado antes que las ciencias, pero que después han ido progresando merced al auxilio de las ciencias, son las artes mecánicas é industriales (construcción, navegación, etc.), la agricultura y la zootecnia. Todas estas artes tienden á hacerse cada vez más verdaderas ciencias de aplicación; y por esto precisamente es por lo que han conseguido un alto grado de precisión, que aumenta de día en día. A todo el mundo le parece hoy muy natural que, para utilizar lo mejor posible los animales, deben antes conocerse.

---

(1) Por donde se ve: *a*) que la antropología ocupa un lugar tan natural entre las demás ciencias, que la no existencia de la misma constituiría una laguna muy singular; *b*) que el hombre debe ser estudiado monográficamente y de un modo completo en todos los fenómenos que presente: anatómicos, fisiológicos, psicológicos y sociológicos, si bien el estudio de estos fenómenos corresponda también, bajo otro respecto, á la anatomía, á la fisiología, á la psicología y á la sociología.

Digitized by Google

También el hombre necesita ser utilizado, educado, dirigido, y para ello debe ser antes conocido. El arte de explotar racionalmente al hombre presupone la ciencia del hombre.

Sin embargo, las cosas no suceden así siempre. Pase, por lo que se refiere á la medicina, cuyo arte se va perfeccionando, gracias al auxilio de la ciencia; pero en lo que toca al arte de dirigir y de regular la conducta de los hombres, «no se ha logrado hasta ahora más que adquirir, por la vía del empirismo y de los tanteos, una cierta cantidad de nociones y de prácticas útiles, como la medicina pudo hallar, sin el auxilio de la ciencia, sus ungüentos y sus tisanas, las cataplasmas, los vejigatorios y los purgantes. Pero, por otra parte, los pueblos han sido explotados á menudo como vulgares rebaños; se les ha sometido á leyes y han adoptado costumbres basadas sobre muy otra cosa que sobre su interés, iluminado por la ciencia, de manera que muchas de las leyes actuales podrían perfectamente ser un producto de la ignorancia ó de la barbarie, y no mantenerse sino por la fuerza del hábito, por la inercia y la rutina, auxiliadas por la violencia. Con la imitación, el hábito, la educación y una fuerte policía, no hay Código malo que no pueda durar cierto tiempo, sea cualquiera la suma de males y de sufrimientos que engendre».

Las artes que se proponen dirigir á los hombres deben ser inspiradas por la ciencia, y á ésta deben pedir los datos para dar sus consejos, sus reglas, etc. Al conjunto de estas artes debemos llamarlo *antropotecnia*, análogamente á como llamamos zootecnia al arte de aplicación de los principios de la zoología, y esta nueva rama debe ser agregada al tercer grupo de conocimientos antes indicado. La antropotecnia comprende las siguientes artes: *a*) la *medicina* y la *higiene* del hombre, ó sea el arte de curar, de consolar y favorecer á los enfermos, y de prevenir las enfermedades; *b*) la *moral*, arte de dirigir al hombre por la senda de la felicidad y del progreso; *c*) el *derecho*, que es el arte de codificar, de conformidad con la moral, las relaciones sociales susceptibles de ser reglamentadas en interés

Digitized by Google

general, y de sancionar las leyes (1); *d*) la *educación*, arte de formar y dirigir al hombre según los preceptos de las artes anteriores; *e*) la *política*, que debería ser el arte de gobernar y dirigir á las sociedades, pero este arte está aún tan atrasado, que se podría definir, en vista de su estado actual: el arte de conseguir el poder, de conservarse en él y de aprovecharse del mismo por todos los medios, cualesquiera que sean.

La antropología, como todas las otras ciencias, se subdivide á su vez en: estudio de los diferentes órdenes de fenómenos que presenta la especie humana (anatómicos, fisiológicos, psicológicos, patológicos y sociológicos); estudio de los diferentes grupos ó categorías de seres humanos (antropología *general*, que estudia la especie humana en su conjunto, *zoológica*, ó estudio de la especie humana en comparación con las especies vecinas, *especial*, que comprende las divisiones de la especie humana, *etnografía*, *etnología*, *demografía*, antropología *prehistórica*, etc.); y estudio de la antropología aplicada (á la medicina y la higiene, antropología *médica*, al derecho, *jurídica* al derecho cri-

(1) Demasiado estrecha nos parece la concepción que el autor tiene del arte del derecho, á menos que se dé á las palabras que emplea una significación muy amplia, que no es la que de ordinario les corresponde. La manera como, á nuestro juicio, debe ser concebido el arte del derecho, podrá el lector adivinarla por el sentido que palpita en todo el presente libro; pero si es preciso reducirla á una fórmula concreta, diremos: el arte del derecho es el arte de administrar justicia (dando á esta frase un sentido amplísimo), ó sea el arte de hacer *en cada caso concreto* lo que el *juez*, el legislador, el gobernante, etc., previo minucioso análisis de aquél y de todas sus conexiones con otros hechos anteriores ó simultáneos, *crean que se debe hacer* para contribuir al *mejoramiento* individual y social y para *prevenir* desdichas que pueden sobrevenir al individuo ó á la colectividad. El arte del derecho es, de esta suerte, como la medicina y la higiene social, y es, por lo mismo, no sólo un arte que mira al pasado, sino también un arte previsora, que atiende al futuro. Por lo demás, que la base del arte del derecho ha de ser la moral, no tenemos inconveniente en admitirlo, siempre que por moral se entienda únicamente la suma de relaciones resultantes de la situación misma de las cosas, conforme á las cuales debe regularse la conducta de los individuos, y tan mudable como dicha situación.

Digitized by Google

minal, antropología *criminal*, á la educación, á la política, á las artes estéticas).

El tercer miembro de esta división lo justifica Manouvrier de la siguiente manera: «Hay que separar la antropología, ciencia pura, de la antropotecnia, que es un grupo de artes completamente distinto de la ciencia antropológica, aunque en éste es donde deben inspirarse las mismas. Pero la ciencia pura, ¿debe permanecer indiferente con respecto á las artes que necesitan de ella? Evidentemente no, porque el objeto final de toda ciencia no es únicamente la satisfacción de nuestra curiosidad; *saber* para *prever* y *prever* para *poder*: tal es, según la expresión de Augusto Comte, el fin de la ciencia (1). Y

(1) El estudio de la ciencia por la ciencia, sin propósito alguno inmediato ó mediato de utilidad, apenas se concibe, y apenas si se encontraría alguien que lo haga con fines absolutamente desinteresados. Muchas veces el estudioso no lleva miras que directamente tengan este carácter; pero si se ahonda un poco, se advierte que, aun en tales casos, la ciencia sirve, como en todos, para regir la conducta del individuo mismo ó de los demás más racionalmente de lo que antes sucedía, y que por eso y para eso se la busca, ora de un modo perfectamente conscio y reflexivo, ora sin darse cuenta clara de este fin. No es la ciencia otra cosa que el conocimiento de la realidad, de sus elementos, de sus fuerzas, de las combinaciones variadísimas de las mismas. Cuando el hombre no conoce la realidad sino por modo imperfecto, su manera de reaccionar contra ella, de relacionarse con ella, que es en lo que la vida consiste, no puede menos de ser imperfecta también, empírica, brutal, ciega, quizá contraproducente para el resultado que busca: entonces es cuando se siente anonadado ó impotente en presencia del grande poder de la naturaleza y del de la sociedad, como les sucede á los hombres primitivos y á los ignorantes; entonces es cuando, para contrarrestar el influjo de tales poderes, recurre á la ayuda y á la intervención de potencias extranaturales. Por el contrario, cuando el hombre, gracias al roce continuo con la realidad, gracias á la observación directa de la misma y al tesoro de observaciones que sobre ella hayan hecho sus antepasados y contemporáneos, se halla en disposición de conocer los factores que en ella obran y su relativa eficiencia, el modo como reacciona contra estos factores es un modo inteligente, científico, que consiste en aprovecharse de los elementos naturales que considere aprovechables y en neutralizar ó atenuar la eficacia de otros que estima perjudiciales de presente ó para el porvenir, oponiéndoles otras fuerzas también

Digitized by Google

precisamente el deseo de llegar á este resultado ha sido el móvil directo de multitud de indagaciones científicas, así como el hecho de haberlo conseguido es con frecuencia lo que pone fuera de duda el valor de un hombre de ciencia, sin que para ello haya necesidad de juzgar del valor intrínseco de tal indagación ó de tal investigador por los resultados prácticos que le sean debidos, porque por experiencia sabemos que estos resultados pueden ser muy remotos y que siempre se están produciendo. A veces son posibles tales resultados, sin que lo

---

naturales. En este último caso es cuando el hombre domina la naturaleza y merece realmente que se le llame *rey de la creación*. Si bien se mira, se advertirá que todo el progreso en la vida humana ha consistido y consiste en esto: en apoderarse de los secretos de la realidad, en conocer las fuerzas de ésta, mediante el estudio, claro está, de las mismas, esto es, mediante la observación y el análisis, y en hacerlas servir para la vida.

El prejuicio de creer que la ciencia tiene un valor propio y sustantivo proviene, sin la menor duda, de otro prejuicio, que afortunadamente se va disipando y que es el mismo que ha dado origen á la distinción, en la forma corriente y á que nosotros nos hemos referido antes, entre el derecho natural y el real ó positivo. Este prejuicio es el siguiente: que hay dos esferas ú órdenes distintos y separados; el orden de la racionalidad y el de la realidad, el primero de los cuales se investiga de un modo completamente especulativo, racional, abstracto, idealista, sin tocar para nada con la realidad, cuya investigación y conocimiento debe hacerse por medio de la observación directa de las cosas. Nada de extraño, por tanto, que, construída la ciencia por el procedimiento dicho, haya venido á ser un conjunto de *teorías* puramente aprioristas, sin base alguna real, que entre la ciencia *(la teoría)* y la práctica *(la vida)* se haya establecido un verdadero antagonismo, y que á la primera no se le haya reconocido utilidad alguna y se la haya considerado como un medio de dar satisfacción á exigencias meramente intelectualistas. La construcción de la ciencia (de toda ciencia) por el procedimiento realista ha de ir poco á poco mostrando que no hay teoría sino de lo real, que las teorías no pueden ser otra cosa sino la generalización de los datos tomados de la realidad mediante la observación propia ó ajena, que, por tanto, la teoría y la práctica no están divorciadas, sino que proceden la una de la otra y debe apoyarse en la otra, y que si la teoría (la ciencia) tiene razón de existencia, esta razón consiste precisamente en el fin que ha de cumplir: la dirección de la vida humana.

Digitized by Google

adviertan ni el sabio ni el hombre de arte; por esto es por lo que A. Comte, y después de él, H. Spencer, han insistido sobre la utilidad de una clase de *ingenieros* muy versados en una ó varias ciencias, y al propio tiempo en las artes correspondientes, para advertir inmediatamente y aplicar al arte los datos científicos prácticamente utilizables.

«En las artes mecánicas é industriales, en las que la pura práctica está casi por necesidad encomendada á obreros sin instrucción, la distinción entre el práctico y el ingeniero está perfectamente hecha, á la vez que es indispensable. Jamás podrá ocurrir lo mismo en las profesiones liberales, *en las que el práctico puede gozar de una instrucción superior* y de facilidades suficientes en ocasiones *para perfeccionar ésta y pensar en los progresos de su arte.*

»La agricultura y la zootecnia tienen ya sus ingenieros, pues no otra cosa son los profesores formados en las escuelas nacionales retribuídas por el Estado, para dar conferencias agronómicas en las cabezas de partido y poblaciones más importantes. *También la antropotecnia habrá de tener en lo por venir sus ingenieros*, cuando la antropología vaya estando en disposición de suministrar á aquélla datos prácticos indiscutibles, ó cuando se llegue á comprender más generalmente que hoy que tales datos existen ya en muy grande número, y sobre todo, *cuando se reconozca universalmente que las artes que tienen por objeto la dirección de los hombres son perfectibles por la ciencia, lo mismo que el arte de construir puentes ó el de cultivar la tierra* (1).

---

(1) ¿Por qué las artes industriales y mecánicas, la agricultura y la zootecnia tienen ya sus ingenieros, ó sea hombres de ciencia que enseñen lo que debe hacerse para obtener resultados cada vez mayores con el menor esfuerzo, y en cambio no los tienen las artes que se proponen dirigir á los hombres? Principalmente, por esto: 1.° Porque en las artes mecánicas ó industriales, en la agricultura y la zootecnia, se trata de obtener resultados útiles por el empleo de seres y fuerzas perfectamente naturales, cuya eficacia y cuyo poder cabe determinar de un modo exacto luego de haberlas observado; mientras que en las artes que se refieren á la dirección del hombre tenemos que

Digitized by Google

»De todas las artes antropotécnicas, la primera que ha entrado por la senda científica ha sido la medicina. Sin embargo, en virtud de su propio fin, ha seguido siendo un arte, y es pro-

habérnoslas con una fuerza no natural, variabilísima, caprichosa, cuyo poder y eficacia no podrá nunca conocerse. Mientras que los hechos de los minerales, de las plantas y de los animales son el resultado indefectible, necesario, previsible por tanto, de factores fijos, los actos del hombre están sustraídos (tal es por lo menos la exigencia de la doctrina, aunque luego se olvide muchas veces por sus mismos defensores) al influjo de las causas naturales, y en ellos interviene como exclusivo elemento verdaderamente causal la voluntad libre (caprichosa, no determinada por nada) del sujeto. De aquí que, si los consejos científicos son utilísimos en las artes de la primera clase, por responder á las necesidades de la realidad, en cuyo estudio directo, experimental, están formados, tales consejos, ni pueden existir con respecto á las artes del segundo género, ni, caso de que existieran, servirían para nada. No pueden existir, porque no obedeciendo la producción de los actos del hombre á normas fijas, á causas naturales, es inútil pretender inducir del análisis de los mismos una regla general que exprese la ley á que obedece su efectuación, y que estaría aquí representada por el precepto científico, ó sea por la previsión de la manera como habrían de producirse los actos futuros en vista de las condiciones constitutivas de la realidad presente. Y si tales preceptos existieran, no servirían de nada, porque se estrellarían siempre con la voluntad libre, absolutamente indeterminada é indeterminable del agente. Lo más que, según esta doctrina—llamémosla así,—puede hacerse para dirigir y regular la conducta del hombre, es formular ciertas normas racionales, ó sea, no sacadas de la realidad, sino deducidas lógicamente de sí propia por la razón abstracta, y presentárselas á aquél en forma de prescripciones religiosas, morales, jurídicas, etc., para que las siga si quiere, ó en otro caso se separe de ellas. 2.° Porque, dado este sentido, al paso que de las relaciones naturales puede formarse ciencia, y ciencia consistente, constituída por todo el conjunto de resultados de la observación realista anterior, y de ella puede servirse el hombre en su conducta ulterior con la naturaleza (artes que tienden al dominio de la naturaleza; artes mecánicas é industriales, agricultura, zootecnia, etc.); de las relaciones sometidas á la voluntad humana es de todo punto imposible formar ciencia (*a*), justamente por el carácter de variabilidad

(*a*) Es digno de notarse este hecho. Por un lado, la concepción dualista entraña la idea de que la esfera sustraída al dominio de la causalidad natural, al imperio de las leyes naturales y sometida únicamente á la voluntad del sujeto, no puede ser objeto de ciencia, porque en ella todo es variable, tornadizo, caprichoso, como la voluntad del hombre, y no es susceptible de

Digitized by Google

bable que no llegue jamás á ser completamente una «ciencia de aplicación»; pero ya merece el título de arte científico, en razón de la inmensa cantidad de datos científicos que aplican

---

que revisten, y por consecuencia, es también imposible que las artes que tienen por objeto la dirección de los hombres se inspiren en preceptos científicos, que no existen. 3.° Ha contribuído de un modo fundamental al hecho de que se trata (y en ello está la raíz de los dos motivos anteriores, que pueden considerarse como hijos de éste, aunque se presentan como más visibles que éste) la misma naturaleza de las relaciones que se quiere regular con unas y con otras artes. Con las artes mecánicas é industriales, se trata de regular relaciones sometidas á un número limitado de causas naturales, cuya virtud puede fácilmente ser conocida; por eso las ciencias que se proponen este conocimiento han llegado á adquirir un grado de perfección que podemos llamar casi matemática, y las artes correspondientes, que se inspiran en ellas, están en disposición de dirigir la conducta del hombre tocante á tales relaciones de un modo casi exacto y preciso. Estas artes son, justamente por eso, las primeras que han acudido á los ingenieros, á los hombres de ciencia, las primeras que se han convertido en ciencias aplicadas. Con la agricultura y la zootecnia se trata de regular relaciones ya más complicadas que las anteriores, relaciones en que intervienen, no solamente elementos puramente físicos y químicos, sino elementos biológicos, cuyo valor ya es mucho más difícil determinar; por eso las ciencias biológicas están hoy mucho más atrasadas que la mecánica, la física y la química, y tienen que estarlo forzosamente también las artes que hayan de hacer aplicación de sus preceptos. Así es que hoy solamente en los países adelantados se sirven los agricultores y ganaderos de los hombres de ciencia para sacar de los dos reinos de la naturaleza, vegetal y animal, mucho más producto y con menos gasto y trabajo del que se saca con el empleo de procedimientos primitivos y rutinarios, que son los que se emplean aún en los pueblos atrasados. Por tanto, mientras los hombres de ciencia, los ingenieros intervienen ya en la dirección de casi todas las operaciones mecánicas é industriales de alguna importancia, es muy poco aun relativamente lo que intervienen en las operaciones concernientes á la explotación directa de las plantas y de los animales.—Pero las relacio-

---

ser sometido á reglas; por otro lado, para esa misma concepción dualista, las verdaderas ciencias, las ciencias de certeza absoluta invariable, son precisamente las que se ocupan de dicha esfera mudable, sometida á la voluntad humana, esto es, las ciencias que denominan «espirituales», «racionales», «morales y políticas», etc. (Véase lo que acerca de este particular hemos dicho en el *Proemio* y en la *nota* del capítulo I de la traducción española del *Derecho político filosófico*, de Gumplowicz.)

Digitized by Google

los médicos modernos. A éstos se les puede considerar, aun á los que son exclusivamente prácticos, como verdaderos ingenieros. Y así es cómo la ley considera á los más instruídos de

---

nes más complicadas de todas son aquellas que conciernen directamente á la conducta del hombre: en ellas intervienen elementos de orden mecánico, físico y químico (y con más complicación que en ningún otro ser), elementos de orden biológico (también más complicados que en las plantas y en los animales), y elementos de orden propiamente humano (económicos, intelectuales, morales, estéticos, etc., etc., asimismo más complicados que los que existen en los animales). Esta intervención de tantos elementos en el hombre es lo que hace de él un *microcosmos* y lo que obliga á considerar los actos del mismo como un nudo complejísimo, en que vienen á entrelazarse y agruparse sinnúmero de hilos que tienen la otra extremidad en los sitios más varios y á distancias muy diferentes. Por esto las ciencias relativas al hombre como ser real, al hombre de carne y hueso (no al hombre con una *naturaleza* como se le antoje al pensador imaginarla), al hombre que vive en medio de la realidad, sometido á todas las influencias de ésta (no al hombre abstracto, en un estado de aislamiento, al hombre «racional», como se lo imaginaron los idealistas de todos tiempos), estas ciencias son las últimas que se forman (apenas si hoy comienzan á entreverse); y por consiguiente las correspondientes artes tienen que proceder á ciegas, es decir á capricho (*a*). De aquí que hoy los encargados de dirigir á los hombres apenas se cuiden de conocerlo y de conocer el medio en que vive, ó de pedir las luces necesarias sobre ello á quienes pudieran proporcionarlas con más ó menos acierto y perfección. En punto á las artes relativas á la dirección de los hombres, apenas hay conocedores de ésta, ingenieros, á quien pedir los oportunos consejos; pero aun habiendo alguien que se halle en disposición de suplir esta deficiencia, no se suele reclamar su auxilio. ¡Justamente la gran complejidad de los problemas concernientes á la conducta humana y el desconocimiento de esta complejidad es lo que hace que, en la mayoría de las ocasiones, crean los encargados de darles solución que ésta es facilísima y que pueden ellos darla inmediatamente! ¡Con sólo parar un poco la atención, habrían de convencerse de lo contrario! ¡Y lo triste es que allí donde debiera procederse con más circunspección, más en armonía con los resultados de la ciencia, es donde más completamente se prescinde de éstos!

(*a*) Así es como se procede hoy en todo lo relativo á la dirección de la conducta de los hombres: en la educación de las gentes, en la dirección de su conducta moral, en la gobernación de los pueblos, en lo que se llama administración de justicia, etc.

Digitized by Google

entre ellos, prohibiendo á los profanos, á las comadres, á los curanderos, á los practicantes, el intervenir en los casos graves sin la asistencia de un doctor. *Este doctor desempeña exactamente el papel de ingeniero, cuando es consultado por los tribunales, no para que auxilie á un enfermo, sino para ilustrar á la justicia sobre cuestiones de orden anatómico, fisiológico ó patológico.* Hablando con propiedad, *no es al médico á quien los tribunales consultan, sino al hombre de ciencia, al antropólogo, que es á la vez hombre de arte.* Como se trata de juzgar á un hombre, se interroga al médico doctor, que ha estudiado al hombre sano y al hombre enfermo y que es antropólogo, en la medida en que haya hecho este estudio. Las denominaciones de médico *legista* y de medicina *legal*, que no son correctas, son anteriores á la concepción moderna y positiva de la antropología. Mas como, aun hoy, apenas hay nadie más que los médicos que estudien al hombre de una manera extensa y profunda, es muy natural que todas las noticias relativas al hombre se le pidan á un médico. Pero no puede negarse que si lo que hoy se llama medicina legal se hiciera objeto de una especialidad bien separada, independiente de la profesión médica propiamente dicha, los médicos que ejercieran esta especialidad podrían ser designados correctamente con la denominación de peritos antropólogos. Es muy posible que en un porvenir relativamente próximo se forme esta especialidad, con una extensión mayor, á medida que se reconozca la necesidad del estudio científico del hombre para la totalidad de la serie antropológica: á menos que los moralistas, los educadores, los juristas, los políticos, se pongan á estudiar seriamente la antropología, cada uno desde el punto de vista de su arte especial, como los médicos dignos de este nombre lo han comenzado á hacer desde largo tiempo.

»Aun en este caso, habrá siempre prácticos más libres que su tiempo y más sabios, que desempeñarán más especialmente que otros, como hoy pasa en medicina, el papel de ingenieros. Acaso sea una predicción muy anticipada; pero yo tengo la per-

Digitized by Google

suasión de que no habrá escuela destinada á formar los prácticos de una rama cualquiera de la antropotecnia, que no tenga su curso ó cursos de antropología, donde la ciencia del hombre sea enseñada desde el punto de vista que interese á los fines de la moral, de la educación, del derecho ó de la política, como en las escuelas de medicina se enseña desde el punto de vista que interesa á los fines de la medicina y de la higiene. Cuando el estudiante de medicina trabaja en la sala de disección, aprende la anatomía, la fisiología, la patología humanas; no aprende la medicina, sino la antropología médica, es decir, la ciencia del hombre considerada bajo el respecto de sus aplicaciones á la medicina; se pone en disposición de aprender, de practicar y de perfeccionar el arte médico conforme á los consejos de la ciencia. El moralista, el educador, el jurista y el político llegarán también á prepararse de una manera análoga, y entonces no serán los médicos los únicos que conozcan lo que á todo hombre le importa conocer, sobre todo á los hombres que tienen por función dirigir á los demás.»

62. Las palabras que acabamos de transcribir, y con cuyo espíritu no podemos menos de estar conformes, despiertan en nosotros una multitud de reflexiones y de ideas que ahora no hemos de desarrollar, pero las principales de las cuales no nos es permitido pasar por alto, por lo mismo que nos ofrecen motivos para encontrar un apoyo valioso y autorizado de la doctrina que venimos exponiendo acerca de la interpretación de las leyes y de lo que tal interpretación significa.

Nadie negará que la administración de justicia, y por tanto también la administración de justicia penal, es una de esas artes que tienen por objeto dirigir á los hombres por la senda del bien, ó de lo que como tal se repute, é impedir que marchen por el camino del mal. Es, si se quiere, una forma de educación, de higiene, de medicina, de gobierno, de administración; una forma, en fin, de protección ó tutela, como lo son todas estas. Como todas estas también, la protección judicial,

Digitized by Google

si así podemos llamarla, habrá de otorgarse á cada uno de los que la necesiten en la forma especialísima en que lo requiera la situación de los mismos. Por lo que no hay posibilidad de administrar justicia propiamente dicha, sino averiguando previamente cuál sea esta situación, cuáles las condiciones efectivas que la constituyen, cuáles las exigencias que las mismas entrañan y cuáles los medios de que se debe hacer uso para satisfacerlas; todo lo cual requiere un estudio detenido, paciente, realista, positivo, del sujeto á quien la protección se concede y de las causas, lo mismo de origen orgánico y biológico que de origen social, á que su estado de inferioridad (pues á no ser así no precisaría protección) obedezca. Y si no se quiere considerar de esta suerte la administración de justicia penal, sino como un medio de defensa por el cual la sociedad rechaza todas las agresiones que atentan contra su conservación ó que la ponen en peligro, siempre será necesario conocer al agresor, las circunstancias que le rodean, la fuerza con que cuenta y el peligro que ofrece, y saber qué resortes son los de que la sociedad debe echar mano para defenderse de la manera más eficaz y con el menor gasto posible. Y de cualquiera otra manera que se entienda la función penal, como medio de intimidación, de retribución, de venganza, de ejemplaridad, etc., etc., hay que venir siempre á parar á este resultado: que para administrar justicia, no hay más remedio que conocer quién es y cómo es el sujeto á quien se administra, quién es y cómo es el sujeto (sociedad) que la administra y de qué forma deberá conducirse el último con el primero para que aquélla resulte bien administrada. Ahora, si este conocimiento ha de tener algún valor, no ha de ser la resultante de una elaboración meramente especulativa, apriorista y abstracta, donde el individuo y la sociedad serán lo que el filósofo quiera que sean, serán cosa diferente según cada pensador y el punto de vista en que arbitrariamente se coloque; sino que tiene que ser el producto de un examen detallado, concienzudo, hecho sin precipitación alguna, de la cosa que se

Digitized by Google

estudia, el producto del roce continuo del observador con la realidad observada.

De donde se sigue que, para el desempeño de la función judicial, para el ejercicio del arte que se llama administrar justicia, deben los órganos de la misma estar constantemente inspirándose en los preceptos científicos, es decir, en los preceptos que representan el resultado de aquel roce. Las ciencias que se consagran al estudio del hombre y de la sociedad deberán ser las que constituyan la base obligada de todas las decisiones judiciales, y los encargados de dictar estas últimas, si han de dictarlas sin quebranto de la justicia, tienen forzosamente que pedir auxilio á aquéllas.

Para esto no hay más que dos caminos: ó servirse el juzgador de los resultados científicos, tal y como se los ofrecen los que se consagran al cultivo especial de las correspondientes disciplinas; ó adquirir él mismo conocimiento de éstas, tanto cuanto le baste para el desempeño de su función y bajo el respecto que para tal fin le interese.

63. Al primero de estos sistemas es al que respondería la institución de los *ingenieros* encargados de dirigir á los jueces, de los ingenieros que podríamos llamar *peritos judiciales*, cuya misión con respecto al arte de la administración de justicia sería análoga á la que desempeñan los ingenieros mecánicos, industriales, de minas, agrónomos, arquitectos, etc., con relación á los operarios que ejercen las correspondientes artes mecánicas, industriales, de explotación de minas, agricultura, construcción, etc. En este caso es cuando el papel de los juzgadores habría de limitarse á *aplicar* las leyes, sin interpretarlas, á aplicar las leyes formadas é interpretadas conforme á las exigencias de la realidad, por consejo y obra de los *peritos legislativos* y *judiciales*.

Nada podemos aventurar acerca de lo que en el porvenir ha de suceder; pero hoy por hoy, ni la división del trabajo social está tan acentuada como requeriría una organización semejante, ni las ciencias que estudian al hombre y la sociedad están

Digitized by Google

tan adelantadas que puedan dar consejos precisos y rigorosos sobre lo que debe hacerse, como en otras ciencias sucede. Parece, por tanto, que debe renunciarse, por ahora al menos, al sistema que se acaba de indicar.

Pero no hay más remedio que reemplazarlo de la mejor manera posible, porque la necesidad de apoyar las resoluciones judiciales en los resultados científicos (en los datos reales) es cada día más imperiosa. Esto es lo que representa, como queda dicho, el frecuentísimo uso que en los tribunales se hace de los dictámenes de peritos, uso cada vez mayor; esto es, sin duda, lo que buscan aquellos que han propuesto la creación de un cuerpo permanente de peritos, al que los funcionarios del orden judicial acudirían siempre que lo creyeran conveniente ó necesario, solicitando un dictamen sobre el cual se basarían sus sentencias (1), y esto es también, aunque otra cosa parezca, lo que en parte se quiere lograr con la institución del Jurado (2). De

(1) Vid. el § 42.

(2) «La introducción del Jurado en la administración de justicia penal ha obedecido, entre otros motivos que ahora no nos interesan tan directamente, al deseo de buscar un conducto por donde lleguen hasta la ley y los tribunales las tendencias de la realidad, que aquélla y éstos suelen desconocer de ordinario, por hallarse á demasiada altura para poder apreciar las menudencias de la misma. Esto es lo que en el fondo se quiere decir cuando se da como fundamento al Jurado la distinción entre el hecho (lo real, lo infinitamente vario) y el derecho (lo abstracto, lo rigidamente igual), ó la necesidad de dar intervención al pueblo en la administración de justicia, para que por su mediación lleguen hasta ésta las nuevas corrientes jurídicas que se originan en la vida.» *(La España Moderna*, Mayo, 1894, pág. 91, artículo *Á propósito de la causa de Varela.)* Claro está que al Jurado no se le llama ante los tribunales para que emita un dictamen científico, como á los peritos; pero su función es idéntica á la de éstos: dictaminar sobre cuestiones *de hecho*. No hay más, que el informe ó dictamen de los peritos se apellida científico y el otro no; mas uno y otro son lo mismo, porque peritos y jurados emiten su juicio sobre datos reales, que son al fin datos científicos, en cuanto la fuente única de la ciencia es la realidad, y todo conocimiento de la realidad es científico. El Jurado no es, en último caso, más que un cuerpo de peritos, que va á emitir dictamen sobre uno ó varios hechos: no hay más diferencia entre este dicta-

Digitized by Google

donde resulta que, cuando los tribunales solicitan el auxilio de los peritos para que les iluminen sobre puntos que ellos ignoran, ó para cuya decisión no se consideran competentes, es moral y racionalmente obligatorio, aunque no lo sea legal-

---

man y el de los peritos científicos que, contra lo que parece aconsejar toda razón prudente, el juez puede separarse del segundo y tiene que aceptar forzosamente el primero. Con el progreso del tiempo es de presumir que la dualidad de los jurados y peritos habrá de desaparecer. Y cuando, por un lado, la administración de justicia penal se llegue á considerar como cosa buena, y no haya, por consiguiente, necesidad de dar garantías al ciudadano contra los posibles abusos de la misma *(a)*; cuando, por otro lado, se vea la precisión de administrar justicia conforme á la realidad y se convensan las gentes de que quienes mejor pueden interpretar ésta son los que se consagran á estudiarla, es decir, los hombres de ciencia, no cualquiera ciudadano designado ciegamente por la suerte..., entonces la dualidad dicha será insostenible, y, ó no existirá el Jurado, ó de existir, estará compuesto de personas competentes, peritas, cuyo papel en la administración de justicia será ayudar al juez, ilustrarle y darle toda clase de facilidades para que pueda cumplir su misión, no en daño del reo, sino en el propio beneficio de éste y de toda la sociedad. Cuando los tribunales estén compuestos de magistrados educados realistamente, en la forma antes indicada, el Jurado desaparecerá por sí solo, sin esfuerzo alguno, por faltarle razón de existir; mientras esto no suceda, serán inútiles contra él todas las declamaciones de sus adversarios. Y por mi parte, no vacilo en decir que no encuentro defensa alguna á la institución del Jurado en un sistema racional de penalidad; pero debo añadir que lo considero un mal menor que los actuales tribunales togados y muchas veces un correctivo saludable á los desaciertos y al espíritu de acartonamiento y de supersticiosa reverencia á la ley que en los mismos domina con excesiva frecuencia.

(a) Este es, en verdad, el fundamental motivo de la actual existencia del Jurado. «Su significado es distinto del juicio popular de los antiguos: aparece, no como deducción del principio de la soberanía popular, sino como *garantía del individuo contra los posibles abusos del poder social.*» (Pessina, *Opuscoli di diritto penale*, Nápoles, 1874, pág. 295, citado por Carnevale, *Il giudizio criminale dal punto di vista dell' esempio*, Catania, 1893, pág. 41, nota.) El origen esencialmente político («liberal»), no en realidad jurídico, de la institución del Jurado lo ha puesto bien de relieve el Dr. Weinrich en su reciente estudio *Beamtete und nichtbeamtete Strafrichter in Frankreich und Deutschland*, publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, de Berlín, t. XV, 1894-95, págs. 505 y sigs., y del cual se ha hecho un extracto en la *Revista de derecho y de sociología*, t. I, 1895, pág. 429 y sigs.

Digitized by Google

mente, el que hayan de seguir el dictamen de aquéllos. Hacerlo de otra suerte, además de representar una anomalía—la anomalía de dar más valor al veredicto del Jurado, que al fin se compone de personas que no precisan tener cultura, aunque alguna vez la tengan,—es tanto como sobreponer una solución infundada, y por tanto, arbitraria, á una solución basada en los hechos (1).

---

(1) Lo que un eximio criminalista decía respecto del valor que el juez debe dar á los dictámenes periciales en los casos de locura, es á nuestro entender aplicable á todos los casos en que los tribunales soliciten dichos dictámenes, porque la razón que vale para aquel caso es válida para todos los demás. «Es preciso que el juez defiera al juicio de los peritos médicos, si no quiere que se se le tache de presuntuoso y á la vez poner en peligro la justicia.» (Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, 7.ª edición, Luca, 1889, parte general, tomo I, § 250, nota 3, págs. 242 43.) Verdad es que en ocasiones es difícil al juez poder formar juicio en medio de las encontradas opiniones de los peritos (*a*); pero esto depende principalmente del carácter de mala y odiosa que la administración de la justicia penal tiene actualmente, de la lucha que en ella se entabla entre las dos partes opuestas (acusador y reo) y de la necesidad imprescindible, de la obligación en que se ven los peritos, testigos, etc., de una y otra parte, de mantener todo aquello que les parece conviene, ora á los fines de la acusación, ora á los de la defensa. Mas tal estado de cosas es enteramente transitorio, á nuestro juicio, y desaparecerá á medida que vayan introduciéndose en este orden ciertos cambios que ya han comenzado á iniciarse, y á medida que se vaya tomando el dictamen de los peritos como un medio poderoso que el juez debe utilizar para fines buenos, esto es, para fines de protección, no de castigo. (V. el citado artículo *A propósito de la causa*

(*a*) Los peritos «no pocas veces, sobre todo en las causas célebres, traspasan los límites que les están naturalmente asignados, y entonces la palabra augusta de la ciencia, que no conoce ira ni pasiones, se cambia, ora en defensa del imputado, ora en acusación exuberante de concitación oratoria, hasta el punto de hacer palidecer la de los representantes del ministerio público y la de los mismos abogados defensores». (Carnevale, ob. cit., página 14.) Recuérdese, si no, lo que ocurrió en el famoso proceso de Varela. «En los debates públicos, los peritos se obstinan en buscar todos los argumentos posibles para sostener su tesis, con más fervor, con más ahinco que los mismos abogados, porque los abogados al fin se habitúan á obrar siempre con conciencia, pero un poco mecánicamente, mientras que los peritos médicos, los peritos no abogados, se encienden en una lucha insólita entre sí y cada vez sostienen con más tesón sus respectivas afirmaciones.» (Buonomo, citado por Carnevale, loc. cit., nota.)

Digitized by Google

64. Mejor que el sistema procedente, nos parece el otro de los enunciados, á saber: que el juez mismo estudie aquellas ciencias á cuyos consejos tiene que estar acudiendo de continuo. Ya se ha visto lo que Manouvrier dice, y que nos parece exacto, ó sea, que en las profesiones liberales no podrá nunca hacerse entre el hombre de ciencia y el obrero encargado de llevar á la práctica los preceptos de ésta—entre el ingeniero y el práctico—una separación tan radical y tan honda como en las artes mecánicas é industriales, donde «la pura práctica está casi por necesidad encomendada á obreros sin instrucción», á quienes con tener un poco de habilidad les basta. Por el contrario, en las profesiones liberales, en las artes consagradas á dirigir la conducta de los hombres, los artistas, los obreros, los prácticos, no pueden ser individuos sin instrucción, sino que deben ser individuos de gran cultura, so pena de desempeñar su misión de una manera enteramente ciega, rutinaria, y por consiguiente, desatentada y perjudicial. ¿Qué pensar de un político que desconozca al hombre, á quien se propone gobernar, y la sociedad á cuyo frente se halla, sus costumbres, sus inclinaciones, sus necesidades, los factores de toda clase que en ella influyen? ¿qué, de un moralista y de un educador, que se hallen en el mismo caso y á los cuales les esté confiada la dirección de los hombres y la formación de la inteligencia y del carácter de los mismos? ¿qué, de un médico, que pretenda curar á un enfermo sin hacerse cargo de las condiciones, tanto de orden general, comunes á todos los hombres, como especiales, que le rodean, sin tener en cuenta los datos de naturaleza biológica de todos los sujetos y los particulares del enfermo que tiene delante (la

---

de Varela.) Sobre los conflictos entre los tribunales y la psiquiatria, véase la rica literatura hoy existente sobre la llamada «medicina legal», tratados doctrinales, monografías, informes de peritos, etc.; véase también Morselli, *Il misdeismo nell'esercito*, en el *Archivio di psichiatria*, 1895, t. XVI, pág. 116 y siguientes, y en la *Scuola positiva*, t. IV, 1894, pág. 953 y sigs.; Ots y Esquerdo, *La locura ante los Tribunales*, Madrid, 1894, y C. Cavagnari, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*, Milán, 1891.)

Digitized by Google

historia del mismo, que se dice, sus antecedentes hereditarios, su constitución orgánica, su vida anterior toda, su conducta, su ocupación, el medio en que ha vivido, otras enfermedades que haya padecido, etc., etc.)? ¿No se considerará nociva, en vez de beneficiosa, la acción de todos estos sujetos, precisamente porque, en lugar de aplicar preceptos científicos (reales), que desconocen, aplican tan sólo principios que formulan ellos de una manera perfectamente arbitraria, ó que se les dan ya formulados á modo de recetas abstractas, de que deben hacer uso en *todos* los casos que se vayan ofreciendo y con respecto á *todos* los individuos, sean éstos quienes fueren y sean las que sean las circunstancias especialísimas de que se hallen circundados?

Pues lo mismo, exactamente lo mismo, que de los anteriores, hay que decir de los sujetos que se hallan encargados de dirigir á los hombres por medio de lo que se llama administración de justicia. Sus decisiones ó providencias, que son reglas y planes de conducta para los hombres (1), deben fundarse en datos *de hecho*, adquiridos mediante la observación y contemplación de la realidad, ora por la observación propia, ora por la ajena. El campo de la primera, por extenso que sea, es siempre muy limitado, se reduce á una parte pequeñísima de la realidad. Por eso, hay que buscar el auxilio de la observación ajena, cuyos resultados se nos ofrecen acumulados en la ciencia, obra, según esto, como suele decirse, «de las generaciones y de los siglos». Claro está que el juzgador no puede ser omnisciente, porque al fin es un hombre, ni ha de exigírsele tampoco que personalmente haga largas investigaciones científicas; mas sí se le puede pedir que conozca y aprecie los resultados más incontrovertibles y positivos de las disciplinas que toman como objeto directo de estudio aquellos seres con los que él tiene que hallarse en inmediato contacto, esto es, el

(1) Semejantes á los que dan los médicos, los educadores, los moralistas, los gobernantes, los órganos de la administración del Estado, etc.

Digitized by Google

hombre y la sociedad. El conocimiento de la antropología, de la psicología y de la sociología le es absolutamente indispensable al magistrado (1). Ciertamente, es muy extraño, si no fuera

(1) No es preciso que los funcionarios del orden judicial sean antropólogos, psicólogos ni sociólogos de profesión, ni que hayan de hacer un estudio profundo y detallado, como el antropólogo, el psicólogo y el sociólogo deben hacerlo, de todas las ramas de la antropología, de la psicología y de la sociología; sino que, junto á la adquisición de ciertos conocimientos generales de estas ciencias, para ver las conexiones que entre sus varias partes se dan, han de tender á adquirir un conocimiento tan perfecto como sea posible de aquella antropología, aquella psicología y aquella sociología que dicen relación especialísima á la administración de la justicia. Las funciones sociales se van especializando y diferenciando poco á poco (como funciones de un ser orgánico al fin), sin dejar por eso de tener una raíz común, y cada una aspira á conseguir un resultado diverso que las demás, no obstante aspirar todas á un resultado fundamentalmente idéntico. De aquí que los medios de que unas y otras hagan uso, sin perder un cierto nexo interior, van revistiendo con el tiempo una particular fisonomía, hija de la especialización. Así, por ejemplo, el médico, el educador, el moralista, el político y el juez se proponen todos satisfacer necesidades humanas *sustancialmente iguales:* la conservación y mejoramiento de los hombres; pero cada una de las respectivas funciones se especializa después á su modo, toma un sello particular, y por lo mismo, requiere una adaptación particular también de los medios y órganos de que se sirva. Por eso, aunque todos necesitan conocer los seres con quienes tienen que habérselas, cada cual necesita conocerlos á su modo y desde su especial punto de vista: la antropología, la psicología y la sociología de que deben servirse los unos no son—aparte los puntos de contacto que natural y forzosamente tiene que haber entre ellas—la antropología, la psicología y la sociología de que tienen que servirse los otros *(a)*. A esta especia-

(a) Valga un ejemplo. Los médicos estudian la anatomía, la fisiología y la patología humanas (antropología), para el fin de la curación de las enfermedades corporales (antropología médica); pero no para el fin de la administración de justicia. La anatomía, fisiología y patología que los jueces necesitan (antropología judicial) no la estudia nadie. Lo general es que los tribunales se pasen sin ella y administren justicia como si no fuera necesaria, ó sea, como si el factor individual no tuviera intervención en la realización de las acciones humanas, ó como si debiera prescindirse de él por ser un elemento *absolutamente igual* en todos los sujetos (éste es efectivamente el postulado obligado de los defensores de la libertad de arbitrio, la *misma* en *todos* los individuos y la *única causa* de la acción). Algunas veces, sin embargo, sale tanto de ojo la ficción de la igualdad de todos los individuos, es tan imposi-

Digitized by Google

además triste, que los encargados de administrar justicia, de dar á cada uno lo que le corresponda, lo que necesite, los encargados de hacer todo el bien posible á los miembros de una socie-

---

lización de las correspondientes ciencias obedece el nacimiento de la *antropología criminal* (juntamente con la *antropología aplicada al derecho civil*, que ya han comenzado á pedir algunos escritores, como Abadane, D'Aguanno, el mismo Manouvrier, constituirá la *antropología judicial)*, que poco á poco tiene que ir sustituyendo á la antigua é informe medicina legal, el nacimiento de la *psicología criminal* y el de la *sociología criminal*.

Ahora bien: el movimiento de especialización se está verificando también dentro de cada rama de conocimientos y de cada particular función social: no sólo se tiene que ir diferenciando cada día más el médico del político, del jurista, del educador, etc. (sin que nunca lleguen á separarse, antes bien, cada vez serán más íntimas sus relaciones y necesitarán más los unos de los otros), sino que cada una de estas profesiones ha de ir diversificándose interiormente y exigiendo la formación de órganos más y más concretos y especiales para su desempeño. De aquí la multiplicación, por ejemplo, de los médicos especialistas; de aquí también que la misión del jurista vaya de día en día desdoblándose interiormente en otras, la del juez, la del abogado, la del registrador, etc.; y de aquí que cada una de estas se vaya subdividiendo á su vez, dando, por ejemplo, lugar á la diversidad de jueces civiles y jueces penales. Este proceso de desintegración es un efecto ineludible del desarrollo social, y

---

ble admitirla, que los jueces mismos, de ordinario hostiles á toda intervención ajena en su esfera, á toda intrusión, como suelen ellos decir, no se atreven á afirmar que el individuo que tienen delante sea exactamente lo mismo que todos los demás para los efectos de la administración de justicia. Entonces, decretan el examen antropológico del sujeto, encomendándolo, *no* á peritos que se hayan consagrado al estudio del hombre *en sus relaciones con la administración de justicia*, *sino* á peritos que han estudiado al hombre *para los efectos de curar las enfermedades del cuerpo*, ó sea á peritos sin pericia. De lo que suele resultar lo que no puede menos: que los tales peritos emiten dictámenes al azar, completamente infundados, como pudiera emitirlos cualquiera ciudadano sin instrucción alguna. Esto ocurre, v. gr., cuando se pide dictamen acerca de la locura y de la responsabilidad moral de un individuo á los médicos, por el sólo hecho de ser médicos, no por ser alienistas (pues entonces ya son individuos que han estudiado al hombre alienado: son peritos alienistas, no son médicos), ó cuando se pide á los maestros de instrucción primaria que declaren acerca del discernimiento de un menor. Ahora bien, esto es inevitable: en tanto no se estudie directamente al hombre para los efectos de la administración de justicia, cuando en ésta haya necesidad de echar mano de datos antropológicos, se buscará á aquellas personas que han estudiado al hombre, aun cuando sea bajo un respecto que *sólo de una manera muy remota* se relacione con la administración de justicia.

Digitized by Google

dad y á toda ella, desconozcan lo que son unos y otra, las fuerzas reales que en aquéllos y en ésta existen, los factores ó causas de los males que trabajan á los primeros y á la última, los

---

los hombres inteligentes deben favorecerlo y secundarlo, cada uno en la medida de su poder. En el estado actual de cosas, lo acertado parece que se trate de formar buenos magistrados penales, habilitándoles para el ejercicio de su delicada misión, no sólo de distinta manera que se habilita á los médicos y á los moralistas, de distinta manera que se habilita al maestro y al profesor, sino de diferente modo como se debe habilitar al jurista en general, al abogado, al registrador, al profesor de derecho, á los empleados ó funcionarios de la administración, y hasta de distinto modo como deben ser habilitados los magistrados civiles. Si las funciones de todas estas personas, aun teniendo un fondo común, son diferentes, como nadie podrá negar, parece llano que los órganos que han de desempeñarlas, sobre la base de una cultura común á todos, adquieran la especial que requiere la profesión á que van á dedicarse. Tan irracional como sería negar que entre las profesiones de médico y de juez hay algo de común y algo de privativo y que, por lo mismo, la preparación para una y para otra debe ser idéntica hasta llegar á cierto punto, en el cual han de empezar á diverger; tan irracional es la creencia de que las funciones de abogado, de empleado, de registrador, de juez penal, de juez civil, etc., son una sola y que pueden desempeñarlas indistintamente las personas que hayan sido provistas al efecto de la misma, absolutamente de la misma cultura. Es imposible sostener, á no hacerlo caprichosamente, que los cargos de registrador de la propiedad, de magistrado, de profesor de derecho, de abogado del Estado, etc., etc., no se diferencian entre sí; por tanto, es también imposible sostener válidamente que la preparación de los correspondientes funcionarios haya de ser idéntica *(a)*.

Una de las causas principales de la crisis por que en todos los pueblos cultos está pasando la organización de la enseñanza, y singularmente la de la enseñanza del derecho, está precisamente aquí. La facultad *única* de derecho es la que hoy habilita para el desempeño de una multitud de profesiones; y

---

(a) De tal manera es esto cierto, que aun allí donde, como en España, se proporciona á todos el mismo género y cantidad de cultura, obligándoles á cursar exactamente las mismas materias, y donde, por tanto, se les concede á todos un diploma que supone los mismos conocimientos, cuando se trata de reclutar órganos para los cuerpos de aquellas varias funciones, los programas de la oposición no son idénticos, sino que cada cual exige aquellas materias que más en consonancia se hallen con el fin que se busca, aunque no hayan sido objeto de enseñanza en la Universidad, y prescinde de aquellas otras que no tienen relación inmediata con dicho fin.

Digitized by Google

obstáculos que impiden curarlos, los medios á que puede recurrirse para intentar esta curación. Y administrar la justicia, principalmente la justicia penal (1), sin tomar en cuenta todos estos datos, es lo mismo que complacerse en sacudir mandobles por el mero placer de sacudirlos, y sin preocuparse de mirar sobre quién recaen (2). Urge, por consiguiente, suplir este vacío que se nota de una manera incontestable en la administración de justicia penal; y urge suplirlo, á la vez que facilitando al juez la posibilidad de acudir á aquellas personas que, por razón de sus estudios, de su experiencia individual, se hallen en disposición de auxiliarle en su empresa (3), proporcionándole á él mismo los conocimientos más indispensables de aquellas ciencias sin las cuales no puede dar un paso seguro: es decir, educándole y formándole *ad hoc*, constitu-

---

como estas son muy diversas, dicha preparación resulta unas veces insuficiente, otras, excesiva y en la mayoría de los casos, inadecuada. De esto provienen las disputas acerca de si la enseñanza del derecho en la Universidad debe hacerse con propósitos científicos ó con fines profesionales; cuestión perfectamente insoluble mientras dicha facultad pretenda satisfacer las encontradas aspiraciones de un conjunto tan abigarrado y heterogéneo de personas como las que acuden á ella en busca de un título que sirva de escudo á sus intentos. También Tarde (*Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, pág. 454) y Ferri (*Sociologia criminale*, pág. 638) entienden que los futuros magistrados penales deben someterse á un aprendizaje especial. Sin embargo, ni uno ni otro desarrollan su pensamiento; no hacen más que limitarse á una indicación.

(1) A la que ahora nos referimos más directamente, por ser la que más nos interesa en este trabajo, pero lo mismo que de ella cabe decir de la justicia civil; antes bien, es muy posible que las transformaciones que ésta se halla destinada á experimentar, y que ya se anuncian por diferentes conductos, sean más trascendentales que las que viene experimentando y aun experimentará en un porvenir, quizá no lejano, la justicia penal.

(2) Precisamente porque la justicia penal se administra hoy de esta manera, es por lo que las gentes la *temen* tanto y por lo que *huyen* de ella y de sus «garras», como se huye de un ciego, que da palos sin saber á quién.

(3) Como á los cuerpos de peritos permanentes, á los peritos con título, ó sin título, á personas prácticas, etc.

Digitized by Google

yendo una escuela especial donde adquiera la cultura que ha menester y que hoy no adquiere (1). El estudio del derecho penal, única materia que en la actualidad contiene la facultad de jurisprudencia que pueda considerarse adecuada á la preparación de los funcionarios de la administración de justicia criminal, este estudio es á todas luces insuficiente; mucho más,

(1) La educación que un magistrado penal necesita en los presentes momentos, como *mínimum*, es la siguiente: 1.° Cultura general, adquirida en la primera y la segunda enseñanza, común para todos los individuos, cualquiera que sea la profesión á que más tarde hayan de dedicarse. En este grado de la enseñanza, en armonía con los fines del mismo, se proporcionará un conocimiento general y enciclopédico á los alumnos, al propósito de que se penetren de las conexiones que se dan entre todos los órdenes de la realidad, así de los que se refieren á la naturaleza propiamente dicha, como de los que se refieren á la parte llamada espiritual: matemáticas, astronomía, física, química, geología y geografía, biología, antropología, fisiología, psicología, historia humana, lenguas vivas, sociología, arte, religión, moral, derecho, higiene y medicina, industrias, agronomía, etc..., todo ello desde un punto de vista general, sin especializar todavía en una dirección más que en otra. La enseñanza de todas estas materias se hará siempre de una manera predominantemente práctica, y de todas á la vez durante todo el período de duración de la enseñanza que corresponde á la que hoy llamamos primaria y secundaria. 2.° Cultura especial de aquellas mismas disciplinas, ya consideradas en sus relaciones y aplicaciones á la dirección de la conducta de los hombres por vías jurídicas: biología jurídica, antropología jurídica, psicología jurídica, la lengua en el derecho, historia general del derecho, sociología jurídica, economía, estadística jurídica, estudio especial de cada una de las ramas en que se ha venido diferenciando el derecho (privado ó civil, político, penal, etc.), tanto en los varios países (legislación comparada), como en el propio (legislación vigente). También se estudiarán todas estas materias en todos los años que dure la enseñanza. 3.° Cultura especialísima de aquellas materias que más inmediatamente tocan á la dirección de la conducta de los hombres desde el punto de vista de lo que se llama administración de justicia penal: antropología criminal, psicología criminal, historia de la delincuencia y de la penalidad, prevención penal, sociología criminal, estadística criminal, legislación penal comparada, legislación penal vigente, ciencia penitenciaria. Además, los jóvenes que se dispusieran á ser mañana magistrados penales debían frecuentar las prisiones, los tribunales, etc., para estudiar *en vivo*, tanto física como psicológicamente, á los criminales. Esta sería la *clínica criminal* que recomendó el Con-

Digitized by Google

en la forma en que desde largo tiempo se viene haciendo y en la que buen número de personas de las que se llaman instruídas quieren que aun hoy se haga (1).

---

greso de Antropología criminal de Roma *(a)* y contra la cual escribió, con más ingenio que fundamento, á nuestro juicio, aunque, como siempre, con nobles propósitos, Doña Concepción Arenal. (V. su art. *Clínica criminal*, en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, t. XI, 1887, págs. 200 y sig., y en *La nueva ciencia jurídica*, 1892, t. I, págs. 3 y sig.) Igualmente, el estudio de todas estas materias se hará á la vez en todos los años que dure el período de preparación especial para jueces penales. De esta manera, se irá produciendo en el futuro funcionario judicial penal una diferenciación paralela á la que tiene lugar en la realidad y en la vida: desde la confusión primera con todos los futuros órganos de otras profesiones, pasaría á estar confundido tan sólo con los futuros órganos de las profesiones jurídicas congéneres á la suya (abogados, registradores, profesores de derecho, etc.), los cuales tendrían también su preparación especial después, y concluiría por adquirir una educación adecuada á la especialísima función á cuyo desempeño trataba de consagrarse.

(1) La prueba más evidente de la poca importancia que se ha concedido, y en general se concede todavía ahora, á la administración de la justicia penal, y de que, lejos de estimarse esta función como muy delicada, se reputa que es de facilísimo desempeño, la tenemos en estos dos hechos: 1.°, lo poco que preocupa la preparación de los que mañana han de convertirse en órganos de aquélla; 2.°, la facilidad con que cualquiera leguleyo se cree apto para desempeñarla. Que la preparación de los futuros *sacerdotes de Themis* preocupa muy poco, si preocupa algo, lo demuestra el que en nuestros planes de estudios solamente figura *una* asignatura que pueda servir para el caso: el derecho penal (que hasta hace bien poco tiempo no era más que *media* asignatura, puesto que á cargo del mismo profesor estaba, á la vez que el derecho penal, y *antes* que el derecho penal, el derecho mercantil). Ahora, es imposible en absoluto que un solo profesor, por buenos que sean sus deseos y por mucha que sea su actividad y su competencia, enseñe en

---

(a) «El Congreso, en armonía con la tendencia científica de la antropología criminal, expresa el deseo de que la administración de las prisiones, tomando las precauciones necesarias para la disciplina interior y para la libertad individual de los penados, admita al estudio clínico de los delincuentes á los profesores y estudiantes de derecho penal y de medicina legal, bajo la dirección y responsabilidad de sus profesores, y preferentemente bajo la forma de sociedades de patronato de los penados y licenciados de presidio.» (V. las *Actes du premier Congrès international d' Antropologie criminelle*, Roma, 1886-1887, págs. 40 y 392-399.)

Digitized by Google

65. Conviene ahora recoger las enseñanzas que de todo lo anterior pueden sacarse tocante á la interpretación en general, y singularmente en lo tocante á la interpretación en materias penales.

---

un solo curso de duración de ocho meses (con la merma de tres por lo menos, á causa de las vacaciones de reglamento y de las extrarreglamentarias, á causa de tener que estar gran parte del tiempo convertido en examinador de alumnos libres, de alumnos á quienes se conceden exámenes extraordinarios, etc., etc.), ni siquiera lo más elemental de aquellas materias que todo juez debiera conocer profundamente y que quedan señaladas en la nota anterior, materias que son la base obligada para un estudio provechoso del derecho penal, y de las que éste no puede ser sino consecuencia. Los alumnos, por tanto, tienen que salir de la clase de derecho penal tan ayunos de aquellos conocimientos como entraron y sin la esperanza de poderlos adquirir en ninguna otra asignatura de la carrera. Y si el profesor de derecho penal expone (con el desdichado sistema de los exámenes, no hay más remedio que *exponer*, tanto más, teniendo que dar contestación á los enunciados del programa que debe servir para estos exámenes, y que ha de formular aun *antes* de que el curso comience), aunque sea sucintamente, los fundamentos antropológicos, psicológicos, sociológicos, estadísticos, históricos, etc., de su asignatura, la falta de tiempo le impedirá consagrarse al estudio de lo que ordinariamente se comprende bajo la denominación de «derecho penal», ó sea la legislación penal vigente en el país y su comentario. Este derecho penal—el Código vigente y todo lo más un comentario vulgarísimo y ligero del mismo—es lo que constituye toda la preparación de los magistrados de este orden (preparación que no tiene nada de especial para ellos, sino que es general para todos los que cursan la facultad de derecho y que mañana han de dedicarse á profesiones distintas). Y como las cosas vienen sucediendo de esta manera desde hace mucho tiempo, tal situación se ha incorporado ya á todo nuestro organismo psíquico, y dominados completamente por la inercia mental, no somos capaces de pensar que pueden ser aquéllas de otro modo de como son, ni podemos aquietarnos ante la idea de que hayan de cambiarse. Este es el motivo por el que los magistrados penales, cuya cultura adecuada á la misión que se les confía se concentra toda ella ordinariamente en el conocimiento del Código penal y de la ley de Enjuiciamiento criminal, creen que con esto les basta, y les sobra, para desempeñar á maravilla aquélla; no sienten la necesidad de orientarse ni menos de explorar otros horizontes que los puramente legales; experimentan una repugnancia invencible á todo lo que sea salirse de los caminos trillados y traer á la administración de justicia los resultados de la investigación científica, y afirman

Digitized by Google

En primer lugar, como la interpretación no lo es ni debe serlo de la ley, es decir, de los pensamientos recónditos en una fórmula abstracta dada por una ó varias personas, sino que lo que hay que interpretar son los hechos, la realidad, la cual no

---

que para interpretar las leyes basta el *sentido común* y no se precisan *literaturas* (a).

Y en cuanto á la facilidad que más arriba queda indicada, poco hemos de decir, porque todo el mundo la conoce. Sin hablar ahora, porque el hacerlo nos llevaría demasiado lejos, de la forma de ingresar en nuestro país en el cuerpo de la magistratura, ni de las aptitudes que para conseguirlo hay que demostrar, el hecho de que cualquiera joven recién salido de las aulas (donde no es posible adquirir la preparación conveniente, según se ha dicho), aun los que se llaman «menos aprovechados», se considera suficientemente apto para intervenir en la administración de justicia penal, como juez, fiscal, abogado, etc., y lo que es más elocuente aun, el hecho de intervenir, consiguiendo «grandes éxitos», creemos que son pruebas irrecusables de que actualmente se logra con inaudita facilidad el convertirse en órgano de dicha función, y, por consecuencia, que el valor y la importancia que á ésta se atribuyen son bien escasos. Si alguien dijese que, para administrar justicia penal en la forma en que hoy se administra, sirve *cualquiera*, aun sin necesidad de haber cursado la facultad de derecho en las Universidades, es muy posible que no se equivocase. Por esto se asegura muchas veces, y con razón, que los procuradores, escribanos y demás *curiales*, que son, ya se sabe, meros *rábulas*, entienden más de administrar justicia que los mismos jueces. Y es que éstos, cuando no saben más que la ley escrita y se empeñan en no saber otra cosa, no son más que rábulas; y, rábula por rábula, mejor que los magistrados suelen serlo los curiales, porque son más hábiles y manejan mejor las *tretas* y *tranquillas* de la ley. Ahora, si esto ha de ser la administración de justicia penal, no vacilo en decirlo: ¡mejor mil veces es que no la haya!

Como se ve, el problema de la interpretación de las leyes está íntimamente enlazado con otro también difícil, á saber, con el de la formación de los jueces, es decir, de los intérpretes. Si la interpretación debe convertirse, de interpretación de una fórmula dada por una persona como expresión de su voluntad, en interpretación de los hechos, y si el intérprete ó juzgador no debe preocuparse por averiguar cuál ha sido la *intención* y la *voluntad* de aquella persona, sino cuáles son y cómo son los *hechos*, las *cosas*, es claro que la función del intérprete cambia por completo, y que, en lo tanto, la forma-

---

(a) Así llama un magistrado, á quien conocemos, á todo lo que huele á ciencia y no sea el consabido Código penal.

Digitized by Google

se repite nunca, antes bien, todas sus creaciones pueden llamarse nuevas, se infiere que el intérprete ha de gozar de grandísima amplitud para observar el hecho y sus causas bajo todos los aspectos y desde todos los puntos de vista que sea

---

ción, la educación del mismo como órgano para el desempeño de aquélla tiene forzosamente que cambiar también. La necesidad de este cambio va implícita en la efervescencia producida en los tiempos modernos acerca de las siguientes cuestiones: *a)*, reorganización de la facultad de derecho; *b)*, introducción en esta enseñanza, y en general en la enseñanza de todas las disciplinas que se denominan *espirituales*, *morales*, etc., del método experimental, de los procedimientos realistas, intuitivos, de contemplación directa de las cosas.— La reorganización de la facultad de derecho es una necesidad sentida en todas partes, y no con la fuerza que se puede sentir la reorganización de las demás facultades ó enseñanzas (por ejemplo, para aunar, en cuanto sea posible, en la Universidad el carácter de centro docente profesionista y científico, lo cual, dicho sea de paso, nos parece á nosotros que tiene que ser una misma cosa, aun cuando hoy no lo sean), sino con fuerza verdaderamente apremiante, abrumadora. La idea de que las facultades de derecho son *en todas partes* inferiores á las demás, y por lo mismo, la reforma es en ellas más urgente y debe ser más radical que en ninguna otra, es una idea muy generalizada, entre cuantos se ocupan en problemas pedagógicos. Y en cuanto á la necesidad de introducir en ella los métodos realistas y de observación, es también reconocida universalmente; y á no hacer uso de ellos es precisamente á lo que se atribuye la inferioridad dicha, así como el progreso realizado por las disciplinas físicas y naturales se hace depender del empleo de tales métodos. (V. al efecto, entre otros muchos, los siguientes trabajos: Dernburg, *Die Reform der juristischen Studienordnung*, Berlin, 1886; Fr. v. Liszt, *Die Reform der juristischen Studien in Preussen*, Berlin, 1886; Blondel, *De l'enseignement du droit dans les Universités allemandes*, París, 1885; Id., *La réforme des études juridiques en Allemagne*, en la *Revue internationale de l'enseignement*, 15 Enero, 1887; Gorrini, *La Riforma universitaria*, Milán, 1888 *(Il riordinamento delle facoltà giuridiche)*; la colección de la revista *L' Università*, Bolonia, 1887-1891; y en España, principalmente la colección del *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, Madrid, 1877-1894; Giner de los Ríos, *Sobre el estado de los estudios jurídicos en nuestras Universidades*, en el libro *Educación y enseñanza*, Madrid, 1889; Posada, *La enseñanza del derecho en las Universidades*, Madrid, 1889, y los libros y trabajos allí citados; Torres Campos, *La reforma de la enseñanza del derecho*, en el *Anuario de la Academia de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 1890, y los libros allí citados; Dorado, *Proemio* á la traducción española del *Derecho político filosófico*, de Gumplowicz, Madrid, 1894, y los libros y escritos allí citados; *Ac-*

Digitized by Google

posible observarlos. De otra manera, su obra resultará forzosamente defectuosa. Si se quiere que la interpretación responda á su objeto, precisa ser sumamente flexible, variabilísima, adaptada á la situación y circunstancias del hecho;

---

tas del Congreso pedagógico hispano-portugués-americano reunido en Madrid en el mes de Octubre de 1892, Madrid, 1894.)—La reforma de las facultades de derecho en el sentido realista se va verificando en todas partes, aunque lentamente: á esto obedece la introducción en ellas de materias que tienen un carácter marcadamente sociológico y experimental, así como el empleo de procedimientos de enseñanza realista; á esto obedece, por ejemplo, la introducción de la economía, de la hacienda, de la historia del derecho, de la ciencia de la administración; á esto obedece la creación de seminarios jurídicos en algunas partes (Alemania), de laboratorios en otras (como el laboratorio de economía política, creado en la Universidad de Turín por el profesor Cognetti de Martiis), los Círculos jurídicos (establecidos en casi todas las Universidades de Italia por iniciativa y concurso privados de los profesores), las excursiones á las cárceles, talleres, fábricas, bancos, etc., para estudiar *en vivo* la vida jurídica y social.—Entre nosotros, la Universidad de Oviedo, en la cual concurren circunstancias muy favorables, sobre todo la de la *cooperación* de bastantes profesores á un *mismo* propósito, es la que más hace en este sentido, y la que mejor ha sabido romper con los hábitos de pereza intelectual y de verbalismo que por lo general dominan en todas las otras. (V. principalmente: *Una excursión universitaria*, por D. S. Cabal y D. J. S. del Otero, alumnos de la Universidad de Oviedo, en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, t. XV, 1891, páginas 81 y sigs.; *Una memoria sobre derecho penal*, por varios alumnos de la Universidad de Oviedo, en el mismo *Boletín*, t. XVI, 1892, págs. 118 y sigs. y 133 y sigs.; *Procedimientos de enseñanza en la facultad de derecho* (memoria presentada á la sección 4.ª del Congreso pedagógico hispano-portugués-americano, por D A. Posada y D. A. Sela, profesores en la Universidad de Oviedo, en el mismo *Boletín*, t. XVI, págs. 347 y sig.; *Las excursiones escolares en la Universidad de Oviedo*, por D. A. Sela, en el propio *Boletín*, t. XVIII, 1894, págs. 197 y sig.; *La misión moral de la Universidad*, discurso de apertura en la Universidad de Oviedo el curso de 1892-93 por D. A. Sela). También el Sr. Soler, profesor de Derecho político en la Universidad de Valencia, tiende á convertir su clase en una especie de seminario, encargando á los alumnos trabajos de investigación personal. Al mismo propósito antes indicado obedece la enseñanza que muchos profesores de derecho vienen dando, particularmente, en varias universidades extranjeras, de sociología y materias análogas ó afines; á este propósito obedece la tentativa que en algunas naciones (Austria y Francia, entre otras) ha habido de introducir la sociología entre las materias propias de

Digitized by Google

para decirlo con una sola palabra, debe ser *casuística* (1). De donde resulta que no es posible, racionalmente, dar un formulario de reglas fijas de interpretación, como los escritores vienen haciendo, para que el juzgador se atenga á ellas al dar sus fallos; ni menos es racional obligar á este último, al juzgador, á que renuncie á hacer por sí la interpretación y se limite á aceptar ciegamente la que otros juzgadores hayan hecho an-

---

la facultad de derecho *(a)*; á esto obedece la demanda que recientemente han hecho algunos escritores de que se instaure una facultad de *ciencias sociales* ó de *sociología* (véase Worms, *L'insegnamento delle scienze sociali e politiche nelle facoltà francesi*, en *La Riforma sociale*, de Turín, 1894, t. I, págs. 82 y sig., y Asturaro, *La facoltà di sociologia nelle Università*, en la misma *Riforma sociale*. t. II, pág. 294 y sig., y en la *Revue internationale de sociologie*, 1894, t. II, págs. 747 y sig.); á esto obedecen las dudas que actualmente existen acerca del lugar que en la organización de los estudios jurídicos deben ocupar las ciencias políticas, económicas, sociales, administrativas, etc. (véase sobre esto el *proemio* citado á la trad. esp. del *Derecho político filosófico*, de Gumplowicz); á esto, en fin, obedece la creación de multitud de escuelas, facultades y aun universidades (como la fundada últimamente en Bruselas) libres para el cultivo y enseñanza de las disciplinas sociológicas (tomando la palabra en sentido amplio) por el procedimiento experimental y realista.

(1) Las leyes, aun las mejores, aun las que se hacen en vista de la realidad y no como pura deducción de principios absolutamente inmutables, se hacen para el hombre en general, es decir, para un *hombre medio*, que no es real, como las medias proporcionales de la estadística no representan nunca la realidad, sino un promedio abstracto, que, por tomar en cuenta lo que tienen de común los varios datos recogidos, prescindiendo de lo diferencial que en ellos se observe, constituyen un tipo fijo, un patrón uniforme, tan amplio y holgado, que á nadie sienta bien. (Véase *La Statistica teorica e applicata*, por José Majorana-Calatabiano, Florencia, 1889, libro I, § XI, págs. 45 y siguientes.) Por el contrario, la resolución judicial, cuando se toma en vista de la situación singular y de las particulares circunstancias de cada hecho y de cada sujeto, es una ley *adecuada*.

(a) Entre nosotros, el último decreto sobre la reorganización de la segunda enseñanza comprende, entre las asignaturas propias de ésta, las de *antropología* y *sociología* y *ciencias éticas*, y esto, en la sección preparatoria de las *ciencias morales*; lo cual puede ser el primer paso para incluir después estas mismas materias ú otras análogas en las facultades de derecho y de filosofía.

Digitized by Google

tes. Esto es precisamente lo que ocurre con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es natural que á las personas que siguen todavía rindiendo culto al sistema de ideas sobre que se apoya el actual orden de cosas, les atemorice el pensamiento de que éste haya de cambiar, y que en vez de los jueces á quienes se niega (1) toda facultad interpretativa, de los jueces *esclavos de la ley*, se entronicen los jueces con atribuciones discrecionales para interpretar, los jueces *legisladóres*, «el pavoroso fantasma del arbitrio judicial», que decía irónicamente Röder. Pero, bien miradas las cosas, tales temores carecen de fundamento; siempre, claro está, que á la reforma de conceder amplias facultades á los jueces vayan acompañadas, como es de rigor, otras, exigidas por aquélla; pues aquí, lo mismo que en casos análogos, la reforma debe ser orgánica, compleja, no unilateral. Las reformas de este último carácter son las que suelen descoyuntar más bien que transformar, y es, por lo mismo, de las que se debe huir.

El sistema de la esclavitud legal de los jueces, que es el que actualmente predomina, más que en nada en el orden penal, como ya queda dicho (caps. I y II), no puede apoyarse sino en la desconfianza que sistemáticamente hay que tener en la competencia ó en la rectitud de los mismos (2). Ahora, sobre que, por grandes y numerosas que sean las trabas que las leyes impongan al juzgador, nunca serán suficientes para infundirle lo que le falta, ni para evitar los abusos á que su ignorancia ó maldad pueden llevarle; sobre que este procedimiento (3) implica en el legislador la presunción irracional de ser

(1) *De hecho*, se les niega, desde el momento que no se admite más jurisprudencia que la del Tribunal Supremo, y aun ésta no siempre (vid. cap. II, § 35), ó lo que es lo mismo, desde el momento que nadie más que el Tribunal Supremo tiene autoridad para interpretar las leyes.

(2) Aparte de las razones ya indicadas en el cap. I, §§ 5 y siguientes, que son las que dan origen á esta desconfianza.

(3) Equivalente al del higienista que impidiera todo movimiento libre á los individuos, *por temor* de que enfermasen.

Digitized by Google

él el único que sabe lo que en todos los momentos de la vida debe hacerse, el único depositario de la justicia presente y futura..., debe tenerse en cuenta que el arbitrio que nosotros pedimos para los jueces y que éstos van paulatinamente adquiriendo, por efecto de la misma disposición de las cosas (capítulo I, § 19), es un arbitrio que lleva en sí mismo los medios aptos para evitar el peligro que se teme y para impedir que de arbitrio se convierta en arbitrariedad. Si nos fuera permitido, diríamos que es un arbitrio *á la moderna*. En efecto, lo que se busca no son jueces que, con escasa ó ninguna cultura, obren á su antojo, como pasaba en la época anterior á la reacción individualista y codificadora (1); sino jueces que, previa

(1) V. el cap. I, §§ 6 y siguientes. «El prudente y justificado arbitrio del juez—decía García Goyena refiriéndose á España, antes de que se hubiera promulgado el Código de 1848 y cuando precisamente se andaba tratando de formarlo—*tiene demasiada latitud y ejercicio en nuestra administración de justicia criminal*» (obra citada, I, prólogo, pág. 9). Sin embargo, el autor no creía acertada la publicación del Código, donde se quisiera regular de antemano toda la administración de justicia penal, ni creía, por lo demás, posible, con muy buen juicio, que se llegara á impedir todo arbitrio á los tribunales. Las observaciones que al efecto hace son muy interesantes, atendiendo á la época en que las escribió, pues revelan un espíritu evolutivo, conservador-progresivo, que podríamos decir, poco común en los hombres de su tiempo, y menos en materias penales, donde hasta los ordinariamente nada revolucionarios, como Pacheco, se declaraban francamente radicales, diciendo que «de la legislación penal española (anterior al Código de 1848), *nada era digno de respeto, nada era digno de conservación*, ninguna parte se podía reservar para la regla de la sociedad futura. *Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla. El carro de la destrucción y de la reforma debía pasar sobre el edificio ruinoso, porque no había en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse*» (Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, sexta edición, Madrid, 1888, t. I, introducción, págs. 51-52). Bien al contrario, Goyena, penetrado del sentido histórico, frecuente ya hoy, pero muy raro en los tiempos en que él vivía, en los cuales dominaba de un modo casi absoluto el espíritu reformista ultrarradical de la revolución francesa, comprendía que las instituciones sociales no se pueden arrancar de cuajo para reemplazarlas por otras completamente distintas, según les parece á muchos, que «por llamarse libres, creen tener ya toda la ilustración y las virtudes necesarias para serlo,

Digitized by Google

una laboriosa preparación, adquirida en el estudio de las ciencias de la naturaleza, y sobre todo en las del hombre y la sociedad, y previo un examen detenido, hecho con el auxilio de estas ciencias, de cada caso concreto, resuelvan lo que, según su conciencia, debe hacerse. El arbitrio que nosotros pedimos es un arbitrio inteligente é ilustrado, un arbitrio que sea como la resultante obligada de una serie de estudios y de análisis hechos por el juzgador antes de dar sus providencias (1). Por esto hemos insistido en la necesidad de que los jueces se formen con una sólida preparación científica (2). Y en cuanto á

---

como si las simples palabras bastaran á cambiar la realidad de las cosas, y como si los hábitos, buenos ó malos, no fueran siempre el resultado del tiempo y de la educación» (obra citada, I, prólogo, pág. 14.); y por eso reputaba desatentada, absurda y hasta ridícula la pretensión de desterrar por completo el arbitrio de los tribunales, tan generalizado y arraigado, y de «cambiar la ilustrada conciencia del juez por el despotismo ciego de una ley inflexible, y que casi siempre será imperfecta» (obra citada, I, sección 1.ª, página 31). Por lo demás, los males del antiguo arbitrio judicial, según el mismo García Goyena, procedían más bien de las leyes y del legislador que de los tribunales; y lo que á éstos les sucedió es que se vieron obligados á templar, haciendo uso de las penas extraordinarias, el excesivo rigor de aquéllas (obra citada, I, prólogo, págs. 10-11. V. también los §§ 9 y 25, nota de la pág. 66.).

(1) No basta que un magistrado tenga buena voluntad, para que cumpla bien con su oficio; es además imprescindible que sea inteligente y culto. «Ser *ignorantes, pero honrados*, podrá constituir la divisa, no enteramente laudable, de libres ciudadanos, mas no la de los magistrados. Un magistrado ignorante no es honrado: ante todo, porque, reconociéndose ignorante, pierde su honradez al continuar ejerciendo la Magistratura; en segundo lugar, porque la ignorancia es justamente la negación de la *scientia justi atque injusti* y le priva de la percepción exacta de la justicia, aun cuando sea de la justicia relativa con que los hombres tienen que contentarse. Será *una casualidad* que sus sentencias sean justas; será *una casualidad* que sean injustas: él, por su parte, es impotente para dirigir el juicio hacia uno ú otro de estos fines.» (L. Mortara, *Un peligro social.—La decadencia de la Magistratura en Italia*, en *La Riforma sociale*, II, 1894, pág. 620.)

(2) Habrá muchos que juzgarán nuestra petición del arbitrio de los jueces en la administración de justicia penal como un retroceso, en cuanto tal arbitrio ha existido antiguamente y el limitarlo se ha considerado como un

Digitized by Google

la desconfianza en la rectitud del juzgador, hay que advertir varias cosas. Por una parte, la rectitud ó no rectitud de voluntad no la da la ley: es una cosa que se forma paulatinamente en los individuos y en las sociedades por la acción continuada de una multitud de factores. La voluntad recta—por otro nombre, moralidad de las gentes—hay que esperarla de ellas mismas, ó mejor, de todo un conjunto de elementos que sobre ellas han venido obrando secularmente (á través de la herencia), y de otros que obran sobre su individualidad (educación, en el sentido más general de la palabra, formación ó modificación del carácter durante la vida del sujeto). Por eso el factor fundamental y primero de la moralidad y rectitud del juez hay que buscarlo en el juez mismo, en su fondo de bondad ó maldad, en su temperamento moral, por decirlo así, y en la educación que colabora á la modificación de este temperamento y á inclinarlo en un sentido ó en otro. Por otra parte, hay que tener presente que aquí se repite un fenómeno psicológico que es frecuentísimo en la vida: y consiste en que aquellos individuos á quienes, por cualquier motivo, no les ligan trabas para obrar libremente, tienen un sentimiento mucho más firme de su responsabilidad que aquellos otros cuya conducta está regulada; y mientras estos últimos propenden á creer que pueden realizar todos los actos que no les están prohibidos, aun cuando los consideren en sí nocivos, malos, los primeros, como carecen de la contención exterior, fortalecen mucho más la interior y se abstienen de ejecutar todo acto que es á su jui-

---

adelanto; mas á poco que se compare el sentido del arbitrio antiguo, que era *arbitrariedad*, la forma y los fines con que se ejercía, con el arbitrio ilustrado que aquí se preconiza y con los fines que mediante él se buscan, se advertirá una radicalísima diferencia entre uno y otro, y se notará que el retroceso no es más que aparente. Aquí pasa lo que en otras varias cosas: volvemos en apariencia á lo antiguo, pero en realidad nos separamos de ello y avanzamos. Y es que el progreso se verifica, según ya dijo Goethe y han repetido tantos otros, en espiral, no en línea recta.

Digitized by Google

cio malo, y por el sólo hecho de serlo (1). Esto, aparte de que, por muchas y muy minuciosas que sean las leyes que se den para evitar abusos, la evitación no es posible cuando el sujeto tiene mala voluntad; antes bien, cuanto más detalladas sean las leyes, más medios se le dan para eludirlas, y hasta se le ofrecen más motivos de tentación para hacerlo. Y por otra parte, los jueces que disfruten de más libertad son precisamente aquellos que más tienen que sentir el aguijón y la censura de la opinión pública, como quiera que ésta es la única autoridad que puede pedirles cuenta de sus actos. En último resultado, los jueces quedan así sometidos al verdadero tribunal que puede residenciarlos, porque son órganos de la opinión, de la conciencia nacional: si se quiere, de la ley (2); con la importante diferencia de que en lugar de ser órganos de una ley quieta, fija, inflexiblemente igual, lo son de una ley que se está permanentemente moviendo y formando, como se está moviendo y formando continuamente la vida que pretende regular (3).

---

(1) Este fenómeno tiene lugar en muchísimas manifestaciones de la vida. En los niños de las escuelas y colegios se advierte de una manera notable: les parece lícito todo lo que no se les prohibe. En los jóvenes, quienes mejor se educan son también, no los que están pendientes en todo de la dirección de sus padres, tutores, encargados, etc., sino los que están principalmente bajo *su propia* vigilancia. Es también digno de notarse que los parques, jardines, plazas, museos y demás sitios públicos que más se respetan y donde menos atentados se cometen son aquellos cuya custodia está encomendada á la *cultura* del público, y que los pueblos más civilizados son aquellos que menos policía y fuerza pública necesitan. El progreso consiste precisamente en el cumplimiento *voluntario* de los deberes, no en un cumplimiento *coactivo;* y la pretensión de preverlo todo en la ley y de impedir con la ley misma sus transgresiones, es una señal de atraso.

(2) Puesto que el contenido de ésta deben constituirlo, según ya admite casi todo el mundo, las exigencias de la conciencia nacional, las necesidades del pueblo, las reclamaciones de la opinión.

(3) Si se entendiera de esta suerte la administración de justicia criminal, no se producirían con la frecuencia que hoy se producen los desacuerdos que diariamente estamos presenciando entre lo que manda la ley y lo que re-

Digitized by Google

66. En segundo lugar, el concebir la interpretación en la forma que más atrás queda expuesta es una consecuencia del sentido que toda la ciencia social moderna va poco á poco adquiriendo, y del sentido que en especial se va dando á la ciencia penal, y consiguientemente á la función penal.

Mientras ha dominado la concepción dualista de la realidad y de la vida, las ciencias que se consagraban al estudio de cada uno de los dos órdenes de la naturaleza y del espíritu tenían un carácter opuesto, en cuanto las primeras tenían que habérselas con seres y fenómenos producidos por elementos y causas perfectamente naturales, y su objeto consistía precisamente en averiguar, mediante la observación y la experimentación, cuáles eran estas causas y estos elementos y su respectiva eficacia; y las segundas, al contrario, estudiaban toda una gran esfera de fenómenos sustraídos al influjo de la causalidad natural y regulados únicamente por la voluntad arbitraria del sujeto (1). Mas, á medida que se ha ido progresando en el conocimiento realista, no meramente abstracto, de esta última clase de fenómenos, se ha podido ir viendo que también ellos son fenómenos naturales, hijos de causas naturales; que el desconocer éstas es lo que ha hecho que se les haga depender de potencias extranaturales y arbitrarias; que los mismos no rompen la cadena de la causalidad natural que enlaza á todos los demás fenómenos del universo, y que, como consecuencia

---

quiere la conciencia pública, desacuerdo que expresan perfectamente los *veredictos injustos* de los jurados, esos veredictos que, como ha dicho M. Prins, «*los juristas no comprenden y que revelan la utilidad de una reforma*». Prins, *Discurso* pronunciado el 19 de Diciembre de 1892, al inaugurarse el grupo nacional belga de la *Unión internacional de Derecho penal: Bulletin de l' Union*, tomo IV, pág. 58.) Recuérdese lo sucedido en España con el veredicto dado en el *proceso Varela*. (V. el artículo citado: *A propósito de la causa de Varela*, en *La España moderna*, Mayo de 1894.)

(1) Acerca de la oposición entre las dos esferas científicas referidas, véase el capítulo I del *Derecho político filosófico*, de Gumplowicz, trad. esp., Madrid, 1894, el proemio del traductor y la nota del mismo al cap. I citado.

Digitized by Google

obligada de todo ello, las disciplinas que se consagran al estudio del mundo espiritual y moral y de todas sus manifestaciones, lejos de tener objetivo y procedimiento diversos que las disciplinas que estudian el mundo de la naturaleza, han de tenerlos perfectamente iguales, á saber: el conocimiento de los llamados productos del espíritu y la averiguación de sus causas naturales y del cuánto, al menos aproximado, de su eficiencia, por medio de la observación y de la experimentación. Así, el dualismo científico ha venido á ser reemplazado por el monismo, y la construcción apriorista (relativa siempre, porque el apriorismo puro es imposible) de las ciencias «espirituales», «racionales», «morales», por la construcción experimentalista.

No otra cosa que la referencia de los actos del hombre y de los acontecimientos sociales al orden general de la causalidad, es lo que ha traído la revolución que en los últimos tiempos hemos visto producirse en todas las ciencias que toman aquéllos como objeto de estudio: en la psicología, en la sociología, en la economía política, en las diferentes ramas del derecho, en la ciencia de las religiones, en la de la lengua, en la del arte, etc., etc. Ni puede tampoco encontrarse en sitio alguno, sino en aquella referencia, la razón de las profundas transformaciones que en la disciplina penal se vienen operando de algunos años á esta parte. La afirmación fundamental de la nueva corriente criminalista—no diremos *hecha* por vez primera, porque esto no puede decirse de ninguna cosa, pero sí asentada antes que por nadie *de un modo reflexivo y orgánico* por Lombroso, y desenvuelta por su escuela y por todos aquellos que, sin pertenecer estrictamente á ella, de ella han recibido el impulso para sus investigaciones,—esto es, la afirmación de que el delito es un fenómeno *natural*, producto de causas (factores del delito) perfectamente naturales, y que como fenómeno *natural* hay que tratarlo, no es otra cosa que la expresión en este orden de la referencia dicha.

Si esto es así, claro está que el sentido de la administración

Digitized by Google

de la justicia penal tiene que cambiar radicalmente, cambiando por lo mismo la función del magistrado. ¿Qué tendrá que hacer éste? En lugar de considerar que la justicia está *en la ley*, como obra de una voluntad suprema, invariable é infalible, voluntad que hay que escudriñar, cuando no esté del todo clara, por medio de la interpretación abstracta, esto es, por medio de la interpretación hecha conforme á ciertas reglas categóricas, deberá considerar que la justicia está *en las cosas*, que en ellas es donde debe hallarla, y que su función como juez penal habrá de consistir en interpretar *las cosas*, estudiándolas como ellas sean, realistamente, en buscar, *en la disposición de las cosas mismas*, las *causas* de los delitos y los *medios* que puedan servir para neutralizar ó corregir su acción. El juez penal, por tanto, deberá comportarse como se comporta un médico inteligente con sus enfermos, y su interpretación deberá ser análoga á la interpretación que el médico hace; el cual no interpreta la fórmula abstracta que encuentra en el formulario ó en el libro, prescindiendo del enfermo, sino que lo que necesita interpretar es precisamente éste y la realidad que obra sobre él como causa de su estado. El juez penal, como el médico, no ha de tener en cuenta tan sólo lo que la ley disponga ó lo que los escritores aconsejen, sino todo, absolutamente todo lo que considere que puede beneficiar ó perjudicar al delincuente y á los demás individuos con quienes convive, y obrar en consecuencia.

Así consideradas las cosas—y nos parece que no es posible considerarlas hoy de otra manera—, la administración de la justicia penal se ofrece como algo bueno y amable para todos, incluso para el mismo reo, y antes bien, para éste más amable y más util que para nadie; y la pena, en vez de ser, como es aun hoy en la mayor parte de los casos, un medio duro, brutal, de reacción ciega contra el autor de un delito, será uno de los medios de que el juez pueda echar mano cuando lo crea oportuno, no cuando se lo imponga la ley, para oponerse á las causas de los delitos é impedir que sigan obrando. La pena en

Digitized by Google

este caso se convierte en un medio bueno, en un medio preventivo, que á todos beneficia, pero que á quien más beneficia es al reo mismo, como á quien más beneficia la medicina, aunque beneficie algo á todos, es al paciente. Y claro está que de esta manera, lejos de ser el arbitrio judicial un peligro, es una cosa necesaria, y en vez de parapetarse contra él, prohibiéndolo por medio de la ley, como es forzoso que se haga cuando la pena se considera como un mal, deberá estimarse como el único medio apto para que la justicia penal se administre *justamente*, y deberá favorecerse cada día más su desarrollo y extensión (1).

67. Por fin, con el cambio de la interpretación de la ley por la interpretación de los hechos, ganan, tanto ó más que la justicia, los jueces mismos, cuya misión queda de esta suerte ennoblecida (2). Verdaderamente, el papel de *aplicadores* de la ley, de ejecutores de una voluntad ajena, que es el que hoy desempeñan, más que en ningún otro en el orden penal (hasta donde lo consiente la misma índole de sus atribuciones), no tiene nada de envidiable. Si bien se mira, su función es en la actualidad muy análoga á la que realizan los obreros mecánicos y los siervos que llevan á cabo ciegamente las órdenes de sus amos: por eso, como unos y otros, llegan á no obrar sino por rutina (3). Sus fallos hoy no representan un esfuerzo inte-

(1) Esto es, después de todo, lo que viene sucediendo por la fuerza misma de las cosas (véase el cap. I, § 19).

(2) Véase J. Dallemagne, *La peine corporelle et ses bases physiologiques*, en la *Scuola positiva*, t. IV, 1894, págs. 927 y siguientes, principalmente, págs. 946 47. En este trabajo muestra el autor cuánto necesitan los magistrados penales del conocimiento de las ciencias biológicas y cuánto gana con esto su función. Véase también el discurso pronunciado por M. Prins en la sesión inaugural del cuarto Congreso de la Unión internacional de Derecho penal, en el *Bulletin de l'Union*, t. IV, 1894, pág. 363.

(3) Sean cualesquiera las causas del fenómeno, lo positivo es que la magistratura de nuestros días es, en general, inepta para el desempeño de su altísima é importante misión. Es muy doloroso tener que confesarlo, pero la verdad así lo requiere. Y el hecho es tan alarmante, que en los últimos tiem-

Digitized by Google

lectual siquiera mediocre, y como el estado presente de cosas (la esclavitud legal del juez) es muy apropósito para fomentar la inercia mental, que ya por naturaleza nos domina á todos, resulta que el procedimiento rutinario en el juzgar adquiere

---

pos ha llamado grandemente la atención de muchos espíritus observadores é imparciales, alguno de los cuales lo ha calificado de verdadero *peligro social*. En el mes de Octubre de 1894, el ilustre escritor italiano Ludovico Mortara, profesor de la Universidad de Pisa, daba la voz de alarma acerca del fenómeno de la decadencia de la magistratura en su país (véase *La Riforma sociale*, t. II, págs. 617 y siguientes), escribiendo, entre otras cosas, lo siguiente, que parece referirse á la magistratura del nuestro, fotografiándola:

«Comenzaré declarando que todo cuanto voy á decir no impide el que algunos pocos magistrados merezcan que se les tribute homenaje individual por lo vasto y firme de sus conocimientos, por la potencia de su ingenio y por su grandísima actividad. Pero... *rari nantes in gurgite vasto*...

»La magistratura... es inepta, porque á la grandísima mayoría de los que la componen les falta cultura y vigor natural de ingenio. La gravedad de esta afirmación me entristece; pero puesto que en los círculos y reuniones de juristas se repite en voz baja, franca y crudamente, todos los días y casi á todas horas, ¿debemos acaso nosotros callarla por un sentimiento de caridad á la patria, ó rodearla de piadosas reticencias?

»Aquellos que, por razón del ejercicio profesional ó por razón de estudio, están en contacto continuo con los jueces y se hallan habituados á tratar familiarmente con los documentos de la jurisprudencia, no ignoran que en la mayor parte de los tribunales es inútil buscar un juez, uno solo, capaz de estudiar y examinar seriamente una grave controversia y de dictar una sentencia en la que no se unan, en inocente maridaje, las ofensas á la gramática con la violación de los principios más elementales del derecho. No ignoran tampoco que la diferencia entre los tribunales inferiores y los superiores apenas es perceptible desde este punto de vista; y que, aun en el Tribunal Supremo, hay ya bastantes magistrados que escriben sentencias en una lengua y en una forma tal, que avergonzarían á un chicuelo que comienza á estudiar la segunda enseñanza. ¿Y qué puede esperarse de la sabiduría y del ingenio de quien es ya casi viejo y todavía no ha aprendido la gramática?

»Es también un hecho muy conocido por los hombres del foro, el que casi siempre, lo mismo en las más humildes que en las más elevadas esferas, toda cuestión jurídica que se aparte de la pedestre y cotidiana vulgaridad es completamente nueva para los magistrados que la oyen exponer á los defensores. Lo cual depende de la completa ausencia, en los jueces, del sentimiento de una necesidad, que en ellos debería ser la más urgente de todas, á saber: la

Digitized by Google

cada día mayor arraigo. Nada es más adecuado para cortar los vuelos de la inteligencia y las fecundas iniciativas personales que el encontrar uno ya las cuestiones resueltas y el prohibirle

---

necesidad de estudiar. Por no sentir esta necesidad, es por lo que permanecen ajenos é indiferentes á la vida y á la evolución del derecho y al movimiento científico que las refleja... Es una desconsoladora verdad la de que el número de magistrados que tienen el laudable hábito de adquirir algún libro ó revista constituye una minoría enteramente inapreciable. La mayor parte de ellos están habituados á considerar esta mercancía (libros y revistas) como materia sospechosa. No pocos, en la ingenuidad de su ignorancia, se jactan de no gastar dinero en libros, porque así libran el *buen sentido natural* del peligro de descaminarse, merced á los sofismas ó á las sugestiones de la doctrina. Ni es enteramente raro el caso de quien se gloría de haber llegado á ocupar el puesto que ocupa, sin haber comprado siquiera los códigos.

»Abranse las páginas de una colección cualquiera de jurisprudencia, y se encontrarán en ella publicadas las mejores y más importantes sentencias, redactadas por los jueces que tienen fama de ser los mejores. Se trata casi siempre de sentencias del Tribunal Supremo. Después de una breve lectura, se siente uno mortificado al ver cuán supina es en general la superficialidad del pensamiento en ellas documentado. Alguna vez se encontrará uno con una sentencia á la que la complaciente abundancia de la italiana adjetivación atribuye los epítetos de *docta* y muy *trabajada*. De cada diez veces, las nueve, la *doctrina* no viene á ser otra cosa que la repetición de los trillados aforismos del derecho *(ubi voluit dixit; ubi lex non distinguit; in claris non fit interpretatio; ubi eadem ratio*, y otros semejantes, espigados en el *Corpus juris)*; el *trabajo* se resuelve en vacía y premiosa prolijidad y denuncia la penosa elaboración de una mente que, sorprendida por una cuestión completamente ignorada, trató de engolfarse por vez primera y como mejor pudo en el estudio de los principios elementales y, una vez que los ha averiguado, los expone en tono triunfal, como si hubieran de parecerle á todos una novedad tan peregrina, una revelación tan inesperada, como lo fueron para el que redactó la sentencia ó decisión. Esto demuestra que no es posible esperar ninguna especial garantía de la preparación científica, de la educación especial del pensamiento y del raciocinio del magistrado; y que las mejores sentencias tienen igual valor que las que podría dar un hombre de mediocre ingenio, pero ayuno de estudios jurídicos, á quien se le hubieran presentado delante los códigos por vez primera...

»Lo que se dice de la magistratura, puede repetirse, con pocas variantes, respecto del ministerio público...»

De este bajísimo nivel intelectual, resulta como consecuencia que «la

Digitized by Google

por añadidura que las resuelva por sí mismo. Los eunucos del pensamiento y los caracteres serviles y aduladores tienen muchas veces aquí su origen.

---

servis, y á veces la conciencia del juez, se doblegan delante de aquellos que tienen en sus manos el poder. El juez que no sabe y que, sin embargo, tiene la perspectiva y el natural deseo de mejorar de situación, colocado en la posibilidad de contentar ó de descontentar á un poderoso, preferirá el primer camino; desde luego, él mismo no está bien seguro de si hará justicia contentándolo, ó descontentándolo. Y como, cuando son debiles ó impotentes los motivos de índole superior, la humana energía obedece, á veces de una manera inconsciente, á los del egoismo, es muy explicable que el juez, que no puede fundar las propias esperanzas del ascenso en la conciencia de un valor intelectual reconocido, ó que merece serlo, las funde en la protección del diputado ó del senador, en la benevolencia de un ministro, en el reconocimiento que puede ligar á éste ó á aquél por algún servicio obtenido. Por esta causa, los abogados políticos se hacen, *á menudo* en el hecho, *siempre* en la convicción del mayor número de ciudadanos, los dueños absolutos de los tribunales: los que han llegado á desempeñar la presidencia del Congreso ó alguna cartera (máxime si es la de Gracia y Justicia) son escuchados con una deferencia tal, que no está exenta de cierto sabor de servilismo, y que es humanamente incompatible con la rígida é inalterable voluntad de oir y pesar las razones y conclusiones de tales abogados y las del humilde abogadillo de provincia, adversario de aquéllos, con oido y juicio perfectamente iguales é imparciales (*a*)...

»La magistratura es una simple *carrera burocrática*. Ved á nuestros magistrados en toda clase de tribunales. Les sorprenderéis más de una vez inclinados y meditabundos sobre un libro. ¿Creéis que leen el código ó algún famosisimo comentario? Os engañáis. Aquel libro, el único que no falta nunca en la biblioteca del magistrado italiano, es el *escalafón*, invento magnífico de la ignorancia oficial, que señorea en la administración. Y el magistrado que estudia aquel libro se sumerge en cálculos y combinaciones que á nosotros los profanos nos hacen recordar, cuando oimos exponerlos, las cábalas de la lotería. Aquel magistrado medita en su *número* y calcula cuántos *números* faltan para que le llegue á él la vez, y cuenta los días, las semanas, los meses necesarios para que llegue el suspirado momento... Por lo que, al escuchar los razonamientos sutiles, las bien combinadas inducciones que salen de la boca del

---

(*a*) El pésimo influjo de la política en la magistratura, y en general en la justicia, así como algunos otros vicios de ésta, los ha puesto de manifiesto también entre nosotros D. Antonio Aguilar, en su opúsculo *Justicia y política*, Madrid, Fe, 1891.

Digitized by Google

Pero también de aquí es de donde han salido las protestas más eficaces. Una tela floja se dobla fácilmente y se mete en el bolsillo; una lámina de acero se dobla hasta cierto límite, pero,

---

magistrado, cuando del *escalafón* se trata, os maravilláis de cómo aquel hombre, tan hábil y elocuente en esta materia, sea completamente incapaz de escribir una sentencia sin errores de gramática, ó de recitar un discurso en la Audiencia sin hacer reir ó dormir al auditorio...

Donde la aplicación del criterio de organización militar (como lo es el ascenso únicamente por antigüedad) á la magistratura adquiere su más alta y absurda expresión, es en la carencia completa de todo asomo de distinción entre las funciones del juez civil y las del juez penal (*a*). Un magistrado que por espacio de veinte años ha desempeñado concienzudamente las funciones de juez instructor, es nombrado de repente magistrado de una Audiencia territorial y adscrito á la sala de lo civil. Otro ha sido un excelente fiscal, y sigue el mismo camino que el anterior. Un tercero se ha distinguido como presidente de Audiencia de lo criminal, y de pronto se le elige magistrado del Tribunal Supremo, y desde el primer dia de su nuevo cargo se le encomienda la ponencia de un asunto arduo y acaso nuevo de derecho civil, ó mercantil, ó administrativo. Y no se crea que yo invento casos para mejor defender mi tesis (*b*). Los hechos que aduzco están ocurriendo todos los dias, y los primeros que los deploran son aquellos mismos que por el brusco cambio de atribuciones se encuentran verdaderamente *desplazados;* pero ¿quién de ellos tiene el heroísmo de renunciar al aumento de categoría y de sueldo, por no cargar con el peso de una función para cuyo desempeño

---

(*a*) En lo que nosotros dejamos dicho más atrás (nota de las págs. 211 y 215.) va implícita la necesidad de esta distinción, por tratarse de funciones muy diversas. La distinción entre jueces civiles y penales la han propuesto también otros autores, reconociendo que la preparación de unos y de otros ha de ser adecuada al diferente papel que tienen que desempeñar. (V. Garofalo, *Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale;* Tarde, *Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891; pág. 453; Ferri, *Sociologia criminale*, Turín, 1892, págs. 633 y sigs., y los autores allí citados.) Quizá, hasta debiera hacerse distinción entre los jueces penales encargados de juzgar á los adultos y á los niños, á los hombres y á las mujeres: algo así como una especialización de funciones en el ejercicio de la medicina psíquica y moral, análoga á la que ya existe en la medicina física. Por lo demás, esta distinción entre el juez penal para los niños, distinto del juez penal para los adultos, ya la ha propuesto Camilo Cavagnari en sus *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*, Milán, 1891, páginas 353 354.

(*b*) El vicio de esta confusión entre funcionarios de diferentes funciones lo han censurado y lo censuran también otros escritores, como Weinrich, artículo citado de la *Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft*, t. XV, 1894-95, págs. 549 y sigs.

Digitized by Google

pasado éste, se rompe. De las asociaciones cuyos miembros han de ser los más sumisos, á los cuales se les exige la anulación total de su voluntad, para someterse, sin discutirlas, á las pres-

---

no puede considerarse idóneo? Ni hay derecho á esperar tales actos de heroismo, desde el momento que el pensamiento y la conciencia del magistrado se han educado en medio de un ambiente que considera normal y natural semejante sistema de ascensos. Con tal de que *yo cumpla con mi deber*, dice el magistrado, mi conciencia está tránquila. Y el *deber* consiste, para la mayor parte, en asistir con puntualidad á la Audiencia, en la *cantidad numérica* de las sentencias redactadas, en la *brevedad del tiempo empleado* en examinar la causa y en redactar la decisión. El estudio científico, la teoría, la posesión de conocimientos doctrinales que preparan la mente y sirven de guía y de luz para los juicios futuros, todo esto se considera generalmente ajeno al *deber* del juez; y el saber que durante veinte años no se ha abierto un libro de derecho civil, ó mercantil, ó administrativo, no es obstáculo á la conciencia de un fiscal ó de un juez instructor, promovidos á la categoria superior, para encargarse de juzgar cualquier pleito relativo á dichas materias.» (V. también lo que sobre la magistratura dice *La Critica sociale*, de Milán, 1894, págs. 341 342.)

Sin que ahora nos propongamos averiguar las causas de esta situación de la magistratura, de este bajo nivel intelectual de la misma, tan incompatible con la verdadera y acertada administración de justicia, vamos á permitirnos hacer alguna indicación acerca de ellas. Primeramente, en los magistrados ejerce un influjo innegable, como en todo el mundo, aquella inercia mental, aquella aspiración al *dolce far niente* intelectual y aquel consiguiente misoneísmo, ú odio á lo nuevo, que los trabajos de algunos investigadores modernos vienen poniendo en claro. (Véase, entre otros, Ribot, *La psychologie de l'attention*, París, 1889; Ferrero, *I simboli in rapporto alla storia ed alla filosofia del diritto, alla psicologia ed alla sociologia*, Turín, 1893, y *Archivio di Psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, de Turín, t. XIV, 1893, págs. 58 y sigs. y 199 y siguientes; Lombroso y Laschi, *Il delitto politico e le rivoluzioni*, Turín, 1890, cap. I, págs. 1 y sigs., y *Archivio di Psichiatria*, etc., t. X, 1889, págs. 455 y siguientes; A. Majorana, *Teoria sociologica della costituzione politica*, Turín, 1894, págs. 87-89; Fiamingo, *Une loi sociologique*, en la *Revue internationale de Sociologie*, t. II, 1894, pág. 415.) Esta inercia se manifiesta de dos modos: *a)* recibiendo tradicionalmente, sin discutirlas, sin tratar de averiguar su verdad y su justicia, por un á modo de fideicomiso perpetuo, las interpretaciones de las leyes hechas por otro tribunal (jurisprudencia del Tribunal Supremo, ó de otros tribunales que anteriormente hayan dado fallos en asuntos que se presenten como análogos), ó los dichos de los antiguos (aforismos jurídicos, sacados prin-

Digitized by Google

cripciones de una voluntad ajena, es de donde han brotado y brotan todos los días los mayores rebeldes. ¿No podría suceder lo mismo con la magistratura actual, aherrojada y esclavizada

---

cipalmente del derecho romano y de sus comentadores é intérpretes), donde se cree vinculada toda la sabiduría; *b)* tributando un respeto supersticioso á las teorías y afirmaciones de los escritores antiguos, es decir, á las afirmaciones de los autores que les sirvieron de *texto* durante su carrera ó que leyeron en sus mocedades, y las cuales afirmaciones representan para ellos la última palabra de la sabiduría, casi un dogma *(a)*. Por esto les pone espanto toda innovación, ó todo conato de innovación, la cual les asusta, aun no conociéndola sino de referencia muy remota y por conducto que no merezca gran confianza.

Una causa que contribuye por modo poderoso á la ineptitud de la magistratura es la organización de la misma, organización que responde á la sociedad de tipo militar, que dice Spencer, estatutaria, que llama Sumner Maine; y no á la sociedad de tipo industrial, ó al régimen del contrato. La magistratura se considera todavía en nuestra sociedad (análogamente al ejército, al clero, al profesorado, etc.) como un organismo sustantivo, independiente de la sociedad á que sirve, superior á ésta: como un organismo que no recibe sus poderes sino del soberano («la justicia se administra *en nombre del rey*», dice el art. 74 de nuestra Constitución de 1876, no *en nombre del Estado ó de la nación)* y que no tiene, por lo mismo, que recibir inspiraciones sino de éste, ni que hacer otra cosa que desempeñar su función según el soberano, el legislador, quiera (por eso lo que tiene que hacer, al interpretar las leyes, es averiguar la intención y voluntad del que las dió). La magistratura se considera todavía hoy como la depositaria exclusiva de la función de la administración de justicia, como la única capacitada para aplicar las leyes, en las cuales, y sólo en las cuales, la justicia toda reside. Por el contrario, á la sociedad no le queda más que obedecer ciegamente, someterse y cumplir lo que el legislador mande, directamente, ó por conducto de los tribunales. De

---

(a) Tales afirmaciones y teorías pudieron representar un verdadero progreso en los tiempos y circunstancias en que aparecieron; pero, cambiadas éstas, aquéllas carecen de base. La realidad está perpetuamente cambiando, y la ciencia, que la toma como fuente, tiene forzosamente que cambiar. Como ejemplo de lo que se dice, recuérdese lo acaecido con las teorías de Beccaria: en su tiempo, fueron un adelanto innegable, y á ellas se debe el inmenso bien de la desaparición del crudelísimo y arbitrario sistema penal, hasta entonces dominante; pero hoy ya son anticuadas, casi del todo inservibles, como expresa ó implícitamente reconocen los mismos que continúan afiliados á la dirección llamada *clásica*, la cual puede decirse que tiene en Beccaria su arranque.

Digitized by Google

como está? ¿No debería suceder? ¿No es deseable que suceda? ¿No es hora de que los mismos que la componen, reconociendo el estado de postración en que las circunstancias les han venido

---

manera que, en este respecto, el juez no se cree en modo alguno ligado ni supeditado á la sociedad, á la masa social, en nada ni por nada: la masa social es *inferior* á él, está supeditada á él, y él no está supeditado más que al soberano. Con lo cual se acostumbra á ejercer de *íncubo*, que diría Sighele (*La muchedumbre delincuente*, trad. esp., y *El delito de dos*, trad. esp.), como se acostumbran á ejercer todos aquellos otros individuos que forman, como la magistratura, un cuerpo cerrado, privilegiado, que se da aires de protector de la sociedad y que hasta hacen uso, transitoria ó permanentemente, de un uniforme que les distinga del resto de los mortales: tal ocurre con los militares, los sacerdotes, ciertas autoridades, la policía, los profesores, los ingenieros, los abogados, etc., etc. *(a)*. «El magistrado, lo mismo que el mal sacerdote, se considera como un ser superior por naturaleza; ha recibido una investidura que le coloca aparte en el mundo; tiene en su mano la suerte de los demás hombres; las resoluciones de su espíritu se hallan rodeadas de un respeto, que no se otorga á los actos normales de la vida; él estatuye en nombre de un principio superior, encarna una voluntad sobrehumana; pronuncia verdaderos oráculos, *themistes*, como diría Sumner Maine. El derecho divino, que ya no pertenece á las familias reales, no lo hallamos en nuestros días más que en los jueces: aquí es donde se ha refugiado la última expresión de las supersticiones populares sobre el Estado. El vulgo necesita un ser vivo que represente la ciudad. Nadie osa escudriñar lo que pasa en el mundo judicial, por miedo á remover los vestigios de un culto social que está á punto de desaparecer. Se ha dicho muchas veces que el pueblo necesita una religión; hoy en día, el pueblo no quiere religión; las clases ricas se van cansando de ver que este sentimiento se desarrolla entre los pobres; lo que ellas quieren es que por lo menos se respete la justicia. Pero, *¡por qué respetarla, si este respeto es una fuente de corrupción!*» (G. Sorel, *La psychologie du juge*, en el *Archivio di Prichiatria*, etc., t. XV, 1894, págs. 49-50.) Efectivamente, este respeto es una fuente de corrupción; pero lo es también, y muy grande, de la ineptitud de la magistratura. El absurdo respecto á la *autoridad de la cosa juzgada*, la no menos absurda *indiscutibilidad de las sentencias*, la no menos absurda *irrefor-*

(a) Con respecto á los militares, ha puesto bien de manifiesto esta creencia en su superioridad, A. Hamon, en su libro *Psychologie du militaire professionnel*, París, 1894. El mismo autor se propone ir estudiando la psicología de esas otras profesiones que, igual que los militares, ejercen de *protectores* de la humanidad. Es indudable que, en los tiempos de *adelantamiento* que alcanzamos, no nos hallamos tan distantes como pudiera creerse del régimen de *castas*.

Digitized by Google

colocando, por culpa de todos, y también suya, entonen el *sursum corda* y den el grito de rebeldía contra su esclavitud? ¿No es hora de que se pongan á estudiar, si es que ya no lo han

---

mobilidad de éstas, cuando son firmes, la no menos absurda forma de discutirlas y votar *en secreto*...: todo ello ha hecho que el organismo de la administración de justicia se considere como sagrado, inviolable é intangible, y que los individuos que lo forman busquen y exijan el respeto de las gentes por lo que *representan*, no por lo que *son* y *valen*: es decir, que busquen el respeto exterior, el que lleva consigo el uniforme (el respeto de la *toga*, que ellos dicen), ó las aparatosas y ridículas solemnidades y ritualidades de que suelen rodearse (¡la *majestad* y *severidad* del *templo* de la justicia!), no el respeto y la adhesión interior, el que supone el reconocimiento de su saber y rectitud.

Como causa concurrente con las anteriores de la postración intelectual en que la magistratura se encuentra hoy, es necesario reconocer también el sentido con que la justicia penal se administra. Como la pena se impone al autor de un delito, cualquiera que este autor sea, y prescindiendo de la singularísima situación en que se encuentre, lo que del juez se exige es, no que indague las *causas* de aquel determinado delito, para reobrar contra ellas, sino que ponga en claro la manera como el *hecho* se realizó y quién lo realizó. De aquí que los méritos del juez consistirán en emplear cuantos medios le sugiera su astucia *(a)* para obtener el resultado que se apetece, y de aquí que todos los elogios que de los jueces oimos hacer, sean por su *habilidad* ó *destreza* en perseguir delincuentes y aclarar (no siempre es verdad tal esclarecimiento) el *modo* como el *delito* fué cometido, nunca por su *competencia*, por su *ciencia*, por su *entusiasmo* y *aptitud* para descubrir *factores ignorados* de delincuencia, ó para tomar en la debida consideración los que *en el hecho* y *en el individuo* de que se trata hayan influído y puedan seguir influyendo *en lo futuro*. El mejor juez, por tanto, es el mejor *cazador* de delincuentes *(b)*, pero no para entregarlos á una justicia inteligente, encargada de evitar *nuevos* da-

---

(a) Entre otros, la *severidad*, la *sagacidad*, el arte de hacer confesar al reo (cualidades todas que se estiman como necesarias al *buen* juez), el *disimulo*, hasta el empleo de *castigos ilegales* y la *tolerancia* con quienes hacen uso de ellos. Sabido es que la policía y la guardia civil maltratan muchas veces á los detenidos y procesados por algún delito, y que los jueces suelen *hacer la vista gorda* por estos malos tratamientos. Los periódicos hablan todos los días de casos de éstos, ¡y eso que á su conocimiento llegan pocos! (Ver sobre todo esto á Sorel, art. cit. V. también á Weinrich, art. cit.)

(b) «Si no reprime rápidamente, todo el mundo le acusa de que no sabe su oficio; es como un *cazador* encargado de hacer desaparecer los animales feroces, y tiene que justificar su papel con el *éxito*.» (Sorel, art. cit., pág. 88.)

Digitized by Google

hecho, el estado y las exigencias de la vida y de la ciencia modernas, y comprendan que la *esclavitud judicial* no es compatible con la una ni con la otra, y que debe ser reemplazada con el arbitrio judicial, que ambas reclaman, ó sea, con el *arbitrio judicial ilustrado* en el estudio y en la contemplación directa de la realidad? De ellos mismos, de su esfuerzo personal, es de quien depende principalmente este resultado. Quizá nunca con más exactitud que aquí ha podido aplicarse la divisa de Tolstoi: *¡La salud está en vosotros!*

En el estado actual de las cosas, tiene que ser muchas veces dificilísima, comprometida y atormentadora la situación de los magistrados penales de alguna ilustración. Cuando entre lo que, según la ley, tienen forzosamente que hacer y lo que, en conciencia, crean ellos que debiera hacerse, haya oposición ó discrepancia notable; en caso de conflicto entre la justicia *legal* y la justicia *real*, verdadera, ¿á cuál dar la preferencia? Y cuenta que este caso (1) es más frecuente de lo que puede creerse, y lo será muchísimo más á medida que los jueces sean más estudiosos y se vayan penetrando más de lo que su misión exige, si han de cumplirla dignamente.

***

ños, sino para entregarlos á una justicia brutal y ciega, que se complacerá en castigarles y atormentarles.

Finalmente, es también causa de la actual situación de la magistratura, la inadecuada preparación científica que á la misma suele darse en los varios grados de la enseñanza, sobre todo en la enseñanza universitaria. Pero de esto ya se ha hecho alguna indicación (§ 64, notas de las págs. 211 y 215). La ineptitud de los jueces y magistrados penales actuales la reconocen también otros escritores, algunos de ellos, por cierto, que ejercen ó han ejercido precisamente el cargo de magistrados, como Garofalo (*Criminología*, trad. esp.), ó de jueces de instrucción, como Tarde (*Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, págs. 449 y sigs.). Y hay que desengañarse: mientras los jueces no sean cultos y estén en situación de reemplazar al Jurado, éste no desaparecerá.

(1) Caso de conciencia. Los moralistas se han hecho algunas veces cargo de él, resolviéndolo de distinta manera.

Digitized by Google

68. Pasando ahora á examinar concretamente la doctrina que los autores exponen tocante á la interpretación de las leyes penales, advertiremos la inconsistencia de la misma y la absoluta carencia de principios directivos que la informan. Al cabo, la interpretación de las leyes en general suelen los tratadistas someterla á determinadas reglas, en su mayoría abstractas, es cierto, y sin base firme en la realidad, por consiguiente, inadecuadas é inaplicables muchas veces, como toda fórmula absoluta; pero no puede negarse que son reglas fijas, conocidas, que todos admiten y que constituyen un cuerpo de doctrina: el sistema que se llama de hermenéutica jurídica, el cual es igual en sustancia para todos, no obstante variar á veces de unos á otros la organización exterior del mismo (1).

(1) V. gr., algunos escritores continúan exponiendo la teoría de la interpretación de las leyes en general, reproduciendo sencillamente, unos después de otros, ó á lo más parafraseándolos, los cánones extraídos de los textos romanos; otros se sirven de los «elementos» de que, por lo que toca á este particular, habló Savigny, y otros aprovechan tanto la elaboración de estos últimos como la de los primeros, para formular, con cierto orden, su sistema de hermenéutica jurídica. Cualquiera que estudie estas varias teorías se convencerá de que el fondo de todas ellas es siempre idéntico, y que lo que las diferencia es meramente la disposición externa, la organización. Lo cual no es decir que en este orden no se haya verificado algún progreso; a contrario: tan pronto como Savigny consideró como uno de los «elementos» de la interpretación el histórico, se introdujo en el sistema de la hermenéutica jurídica la levadura de la reforma. Pero la verdad es que este elemento ha sido descuidado después, en comparación con la importancia que se ha atribuído á los otros, á los que podríamos decir *racionales*, ó mejor, *puramente especulativos* (el lógico, el sistemático); por lo que, aun cuando los tratadistas han continuado hablando de él, bien directamente, bien incluyéndolo en la llamada *ratio legis*, lo han hecho siempre de un modo subordinado: para ellos, la interpretación era interpretación de las leyes, no de los hechos, y tal interpretación había de hacerse averiguando, no lo que estos últimos son y representan, esto es, lo que *debe decir* la ley, *históricamente* considerada, sino lo que el legislador *quiso* que dijera *(mens legis)*. Ahora bien: precisamente el elemento histórico es el más importante de todos, aquel cuyo desarrollo hay que procurar: la interpretación ha de irse convirtiendo cada día más en interpretación histórica, que es tanto como decir en interpretación realista, sociológica, en interpretación de la realidad.

Digitized by Google

Mas no sucede lo mismo en punto á la interpretación de las leyes penales: aquí, ni siquiera existe un conjunto ordenado de preceptos abstractos, de reglas derivadas de los *eternos principios* de justicia, un sistema orgánico, lógico, coherente, aunque sea falso; aquí, bien puede decirse que no hay norma alguna de interpretación (1), y si las hay, son normas caprichosas, producto del arbitrio vacío é infundado del escritor, diferentes de unos á otros, variables continuamente, y variables, no por exigencia de la variación de las circunstancias, es decir, con variabilidad racional, sino porque así le place al intérprete, es decir, con variabilidad antojadiza. En punto á la interpretación de las leyes penales, puede muy bien afirmarse que vivimos en una verdadera anarquía; siendo lo particular del caso que cabalmente sucede esto allí donde la arbitrariedad es más temida, donde se quiere impedir toda libertad al juzgador, y que justamente se predica la no existencia de norma, de freno racional, de regulador de la conducta, como uno de los medios de impedir hasta la posibilidad de todo arbitrio.

Veamos cómo los hechos justifican totalmente las afirmaciones anteriores.

69. Comenzaremos por la que se denomina interpretación declarativa y también normal, ó sea aquella que consiste en la exposición del verdadero sentido de las leyes, para aplicarlas á los casos comprendidos en ellas ó previstos por el legislador (2).

Aquí pueden darse dos casos: *a)*, que la ley esté suficientemente clara á los ojos del juez; *b)*, que no lo esté. En el primero, la opinión corriente entre los tratadistas es que no puede tener lugar la interpretación, y que la función del juez debe

(1) Por eso se observa con frecuencia que los autores ni siquiera se ocupan de ella ó le consagran muy pocas líneas. Lo general es que se limiten á decir que, no habiendo más delitos que los contenidos en la ley, no puede hacerse uso en materias penales de la interpretación extensiva.

(2) V. Morató, *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, etc., Valladolid, 1877, t. I, págs. 40 y sig.

Digitized by Google

consistir únicamente en aplicar la ley (1). Lo cual es un error: pues, por clara que esté la ley, siempre será preciso que el magistrado la entienda, para después aplicarla. Por tanto, la interpretación es en todo caso necesaria, es una función esencial del juzgador, como se ha dicho (§ 40): lo único que hay es que unas veces precisa hacerla más detenidamente que otras. Pero, aparte de esto, aun dando por supuesto que el precepto legislativo no ofrezca duda alguna en sí mismo, aisladamente considerado, siempre será forzoso ponerlo en relación con todas las demás disposiciones de la misma ley ó código y con todas las demás leyes del mismo país, dado caso que (empleando el lenguaje de que suelen hacer uso los escritores de la filosofía abstracta del derecho, todos los que conciben á éste como algo sustantivo é independiente de las cosas) el derecho no puede menos de ser orgánico, no puede estar en contradicción consigo mismo, y su órgano, el legislador, no puede tampoco, en buena doctrina, haberse contradicho, no puede haber dado una ley ó un precepto de una ley con sentido y propósitos contrarios á los que inspiren las demás leyes ó las demás prescripciones de la misma ley. De donde resulta que lo menos que deben hacer los juzgadores, *en todos los casos*, para bien aplicar las leyes, es penetrarse del sentido que anima á las que rijan en el Estado, reconocerlo en el precepto que van á aplicar, y comparar, cotejar y poner en armonía este último con el resto de la legislación. Lo cual no es ya cosa tan fácil y llana como suele creerse. De suerte que, aun para la mera aplicación de los textos del Código penal (como de cualquiera otro) que se ofrezcan como más claros, necesitan los jueces una interpretación, y una interpretación laboriosa (2).

---

(1) V. más atrás, §§ 36, 37, 38, 53, 55 y 56. V también Haus, ob. cit., I, pág. 92; Garraud, ob. cit., I, pág. 171; Pessina, ob. cit., I, págs. 121-122, y otros.

(2) Bien sabemos que, en la gran mayoría de los casos, los tribunales no se preocupan siquiera de confrontar y armonizar el artículo que juzgan apli-

Digitized by Google

70. En el segundo de los casos antes indicados, es cuando puede y debe tener lugar, según todos los autores, la interpretación en el orden penal, ó sea la investigación del sentido de la ley, de la voluntad del legislador. «La interpretación de una ley—dice Haus—supone que los términos de que el legislador se ha servido son oscuros ó equívocos» (1). Pero ¿de qué interpretación se podrá y se deberá hacer uso en este caso? ¿Cuáles serán los medios que el intérprete podrá poner en práctica para lograr el fin que persigue—reconstruir el pensamiento del legislador?—Las soluciones son tantas, puede decirse, como cabezas, y no debe extrañar, ya que, por un lado, pesa sobre los tratadistas con fuerza irresistible la idea de que es necesario que la ley se cumpla, así como que el que atenta contra la seguridad social, contra el derecho, contra el orden, etc., merece castigo; y por otro, se les impone con fuerza no menos abrumadora la idea de que, siendo la pena un mal y no pudiendo el juez imponerla sino con sujeción estricta á lo estatuído legalmente *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*, sería injusto y además peligroso para la seguridad y la libertad de los ciudadanos el dejar facultades á los tribunales para interpretar las leyes y

---

cable al hecho con otros del mismo Código ó de otras leyes; bien sabemos que entre nuestros magistrados no abundan los que hayan llegado á discernir el sentido ó sentidos que al vigente Código penal animan; pero precisamente por eso es por lo que la administración de justicia penal en nuestra patria es tan rutinaria. Los encargados de administrarla se figuran que *cada* hecho delictuoso encaja perfectamente dentro de *un* artículo del Código, y *sólo de uno*, sin tener nada que ver con los restantes del mismo, ni con otras leyes. ¿Cómo explicarse, si no, el que saquen tan poco provecho de otros artículos del propio Código, para ir encauzando la función penal por los derroteros en aquél iniciados y por los cuales va entrando la misma en otros países, respondiendo así á las nuevas exigencias científicas y sociales? ¿Por qué razón no toman aquí en cuenta, como otras veces, ciertas sentencias romanas, que son la más explícita condenación de su conducta: *Incivile est non nisi tota lege perspecta, una aliqua particula tantum proposita, judicare vel respondere;—Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim et potestatem*, y otras semejantes?

(1) Ob. cit., I, pág. 92.

Digitized by Google

para imponer castigos que éstas no autorizan expresamente, so pretexto de que están oscuras y de que la intención del legislador ha sido castigar. Es decir, que aquí, como en tantas otras ocasiones, se colocan frente á frente dos intereses: el de la sociedad en imponer pena y el de los ciudadanos en que no se les imponga más que en los casos que consienta la ley. Y claro está: según se dé predominio al primero ó al segundo de estos dos intereses, verdaderamente incompatibles (1), así el escritor defiende una ú otra forma de interpretación. Este estado de incertidumbre lo formula perfectamente Carrara diciendo (2): «Cuanto á la interpretación de la ley penal, están discordes las doctrinas sobre si debe hacerse uso de la interpretación *lógica*, la cual busca el espíritu, ó de la interpretación *literal*, la cual se fija en las palabras de la ley, y sobre si, admitida la interpretación lógica, ha de emplearse tanto con un fin *restrictivo* como con un fin *extensivo*. Quizá el problema no puede resolverse con una fórmula absoluta» (3).

---

(1) V. Dorado, *Problemas jurídicos contemporáneos*, artículo segundo: *Bosquejo de una reforma en la organización de tribunales y en el enjuiciamiento criminal.*

(2) Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte general, tomo III, séptima edición, Luca, 1890, § 888, págs. 164-65.

(3) En efecto, el problema no puede resolverse, como no puede resolverse ninguno, con una fórmula absoluta, sino en vista de las circunstancias singularísimas que á cada caso rodeen. Es decir, que aquí, lo mismo que sucede en todas las demás cuestiones, no pueden invocarse reglas fijas, principios de racionalidad esencial, inmutables, eternos, perfectamente iguales. Por eso es por lo que nosotros hemos dicho que la interpretación es función que corresponde siempre al juez, el cual, para hacerla, tiene que atender á la realidad, al hecho y á los múltiples elementos que lo constituyan; en lugar de confiarse, para la resolución de todos los casos que se le presenten, á ciertas máximas extraídas de una legislación histórica y á las cuales se pretende atribuir el monopolio de la justicia.

Ahora, la misma duda que al ilustre Carrara se le ofrecía respecto á la posibilidad de resolver el presente problema con una fórmula absoluta, debió ofrecérsele con respecto á la resolución de todos los demás de la disciplina penal; sin embargo, no fué así, pues si se exceptúan pocos pasajes de su gran obra el *Programa* (v. gr., al tratar de la locura en sus relaciones con la im-

Digitized by Google

Interesa poner de manifiesto, con la brevedad posible, el estado de indecisión, de discrepancia, de confusión que existe acerca del particular entre los tratadistas.

71. Algunos de éstos, aquellos que escribían bajo la inmediata presión de las doctrinas del contrato social y de la necesidad de constituir, frente á la del Estado, la personalidad inviolable del individuo; y aquellos otros que pretenden mantener incólume esta personalidad, pertrechándola contra todo ataque abusivo que pudieran dirigir contra ella los jueces penales á quienes se concedieran amplias facultades para interpretar y aplicar las leyes... estos tratadistas se colocan resueltamente del lado del autor del delito y de su interés *(pro reo)*, y, ó aconsejan que á la menor duda que la ley penal ofrezca, ésta haya de interpretarse en beneficio del delincuente, ó niegan desde luego al juez todá facultad interpretativa, para reconocérsela únicamente al legislador. Tal es, por ejemplo, la posición que ocupan, frente al problema de la interpretación de las leyes penales, Beccaria, el padre de toda la corriente penal moderna, el inspirador, podemos decir, de todos los penalistas y de todos los códigos penales del presente siglo (1), y los reputadísimos expositores y comentaristas del Código penal francés, Adolfo Chauveau y Faustino Hélie. Para que el lector conozca la opinión de tales autores, vamos á reproducir lo más esencial de ella.

»La autoridad de interpretar las leyes penales—dice Beccaria—no puede residir en los jueces criminales, por lo mismo

---

putabilidad), su manera de afrontar y dar solución á éstos era precisamente la opuesta, á saber: la de invocar principios de justicia absoluta, reglas derivadas de la propia esencia de la razón, independientes como ésta de tiempos, de lugares, de otras circunstancias, y aplicables por igual é inflexiblemente á todos los casos.

(1) De Beccaria arranca (hasta donde es posible decir que una teoría ó una cosa cualquiera hace su *primera* aparición en la vida) todo el que se llama derecho penal *clásico*, tanto en la esfera de la ciencia, como en la de las legislaciones.

Digitized by Google

cripciones de una voluntad ajena, es de donde han brotado y brotan todos los días los mayores rebeldes. ¿No podría suceder lo mismo con la magistratura actual, aherrojada y esclavizada

---

cipalmente del derecho romano y de sus comentadores é intérpretes), donde se cree vinculada toda la sabiduría; *b)* tributando un respeto supersticioso á las teorías y afirmaciones de los escritores antiguos, es decir, á las afirmaciones de los autores que les sirvieron de *texto* durante su carrera ó que leyeron en sus mocedades, y las cuales afirmaciones representan para ellos la última palabra de la sabiduría, casi un dogma *(a)*. Por esto les pone espanto toda innovación, ó todo conato de innovación, la cual les asusta, aun no conociéndola sino de referencia muy remota y por conducto que no merezca gran confianza.

Una causa que contribuye por modo poderoso á la ineptitud de la magistratura es la organización de la misma, organización que responde á la sociedad de tipo militar, que dice Spencer, estatutaria, que llama Sumner Maine; y no á la sociedad de tipo industrial, ó al régimen del contrato. La magistratura se considera todavía en nuestra sociedad (análogamente al ejército, al clero, al profesorado, etc.) como un organismo sustantivo, independiente de la sociedad á que sirve, superior á ésta: como un organismo que no recibe sus poderes sino del soberano («la justicia se administra *en nombre del rey*», dice el art. 74 de nuestra Constitución de 1876, no *en nombre del Estado ó de la nación)* y que no tiene, por lo mismo, que recibir inspiraciones sino de éste, ni que hacer otra cosa que desempeñar su función según el soberano, el legislador, quiera (por eso lo que tiene que hacer, al interpretar las leyes, es averiguar la intención y voluntad del que las dió). La magistratura se considera todavía hoy como la depositaria exclusiva de la función de la administración de justicia, como la única capacitada para aplicar las leyes, en las cuales, y sólo en las cuales, la justicia toda reside. Por el contrario, á la sociedad no le queda más que obedecer ciegamente, someterse y cumplir lo que el legislador mande, directamente, ó por conducto de los tribunales. De

---

(a) Tales afirmaciones y teorías pudieron representar un verdadero progreso en los tiempos y circunstancias en que aparecieron; pero, cambiadas éstas, aquéllas carecen de base. La realidad está perpetuamente cambiando, y la ciencia, que la toma como fuente, tiene forzosamente que cambiar. Como ejemplo de lo que se dice, recuérdese lo acaecido con las teorías de Beccaria: en su tiempo, fueron un adelanto innegable, y á ellas se debe el inmenso bien de la desaparición del crudelísimo y arbitrario sistema penal, hasta entonces dominante; pero hoy ya son anticuadas, casi del todo inservibles, como expresa ó implícitamente reconocen los mismos que continúan afiliados á la dirección llamada *clásica*, la cual puede decirse que tiene en Beccaria su arranque.

Digitized by Google

como está? ¿No debería suceder? ¿No es deseable que suceda? ¿No es hora de que los mismos que la componen, reconociendo el estado de postración en que las circunstancias les han venido

---

manera que, en este respecto, el juez no se cree en modo alguno ligado ni supeditado á la sociedad, á la masa social, en nada ni por nada: la masa social es *inferior* á él, está supeditada á él, y él no está supeditado más que al soberano. Con lo cual se acostumbra á ejercer de *íncubo*, que diría Sighele (*La muchedumbre delincuente*, trad. esp., y *El delito de dos*, trad. esp.), como se acostumbran á ejercer todos aquellos otros individuos que forman, como la magistratura, un cuerpo cerrado, privilegiado, que se da aires de protector de la sociedad y que hasta hacen uso, transitoria ó permanentemente, de un uniforme que les distinga del resto de los mortales: tal ocurre con los militares, los sacerdotes, ciertas autoridades, la policía, los profesores, los ingenieros, los abogados, etc., etc. *(a)*. «El magistrado, lo mismo que el mal sacerdote, se considera como un ser superior por naturaleza; ha recibido una investidura que le coloca aparte en el mundo; tiene en su mano la suerte de los demás hombres; las resoluciones de su espíritu se hallan rodeadas de un respeto, que no se otorga á los actos normales de la vida; él estatuye en nombre de un principio superior, encarna una voluntad sobrehumana; pronuncia verdaderos oráculos, *themistes*, como diría Sumner Maine. El derecho divino, que ya no pertenece á las familias reales, no lo hallamos en nuestros días más que en los jueces: aquí es donde se ha refugiado la última expresión de las supersticiones populares sobre el Estado. El vulgo necesita un ser vivo que represente la ciudad. Nadie osa escudriñar lo que pasa en el mundo judicial, por miedo á remover los vestigios de un culto social que está á punto de desaparecer. Se ha dicho muchas veces que el pueblo necesita una religión; hoy en día, el pueblo no quiere religión; las clases ricas se van cansando de ver que este sentimiento se desarrolla entre los pobres; lo que ellas quieren es que por lo menos se respete la justicia. Pero, *¿por qué respetarla, si este respeto es una fuente de corrupción?*» (G. Sorel, *La psychologie du juge*, en el *Archivio di Psichiatria*, etc., t. XV, 1894, págs. 49-50.) Efectivamente, este respeto es una fuente de corrupción; pero lo es también, y muy grande, de la ineptitud de la magistratura. El absurdo respecto á la *autoridad de la cosa juzgada*, la no menos absurda *indiscutibilidad de las sentencias*, la no menos absurda *irrefor-*

(a) Con respecto á los militares, ha puesto bien de manifiesto esta creencia en su superioridad, A. Hamon, en su libro *Psychologie du militaire professionnel*, París, 1894. El mismo autor se propone ir estudiando la psicología de esas otras profesiones que, igual que los militares, ejercen de *protectores* de la humanidad. Es indudable que, en los tiempos de *adelantamiento* que alcansamos, no nos hallamos tan distantes como pudiera creerse del régimen de *castas*.

Digitized by Google

colocando, por culpa de todos, y también suya, entonen el *sursum corda* y den el grito de rebeldía contra su esclavitud? ¿No es hora de que se pongan á estudiar, si es que ya no lo han

---

mabilidad de éstas, cuando son firmes, la no menos absurda forma de discutirlas y votar *en secreto*...: todo ello ha hecho que el organismo de la administración de justicia se considere como sagrado, inviolable é intangible, y que los individuos que lo forman busquen y exijan el respeto de las gentes por lo que *representan*, no por lo que *son* y *valen*: es decir, que busquen el respeto exterior, el que lleva consigo el uniforme (el respeto de la *toga*, que ellos dicen), ó las aparatosas y ridículas solemnidades y ritualidades de que suelen rodearse (¡la *majestad* y *severidad* del *templo* de la justicia!), no el respeto y la adhesión interior, el que supone el reconocimiento de su saber y rectitud.

Como causa concurrente con las anteriores de la postración intelectual en que la magistratura se encuentra hoy, es necesario reconocer también el sentido con que la justicia penal se administra. Como la pena se impone al autor de un delito, cualquiera que este autor sea, y prescindiendo de la singularísima situación en que se encuentre, lo que del juez se exige es, no que indague las *causas* de aquel determinado delito, para recobrar contra ellas, sino que ponga en claro la manera como el *hecho* se realizó y quién lo realizó. De aquí que los méritos del juez consistirán en emplear cuantos medios le sugiera su astucia *(a)* para obtener el resultado que se apetece, y de aquí que todos los elogios que de los jueces oimos hacer, sean por su *habilidad* ó *destreza* en perseguir delincuentes y aclarar (no siempre es verdad tal esclarecimiento) el *modo* como el *delito* fué cometido, nunca por su *competencia*, por su *ciencia*, por su *entusiasmo* y *aptitud* para descubrir *factores ignorados* de delincuencia, ó para tomar en la debida consideración los que *en el hecho* y *en el individuo* de que se trata hayan influído y puedan seguir influyendo *en lo futuro*. El mejor juez, por tanto, es el mejor *cazador* de delincuentes *(b)*, pero no para entregarlos á una justicia inteligente, encargada de evitar *nuevos* da-

---

(a) Entre otros, la *severidad*, la *sagacidad*, el arte de hacer confesar al reo (cualidades todas que se estiman como necesarias al *buen* juez), el *disimulo*, hasta el empleo de *castigos ilegales* y la *tolerancia* con quienes hacen uso de ellos. Sabido es que la policía y la guardia civil maltratan muchas veces á los detenidos y procesados por algún delito, y que los jueces suelen *hacer la vista gorda* por estos malos tratamientos. Los periódicos hablan todos los días de casos de éstos, ¡y eso que á su conocimiento llegan pocos! (Ver sobre todo esto á Sorel, art. cit. V. también á Weinrich, art. cit.)

(b) «Si no reprime rápidamente, todo el mundo le acusa de que no sabe su oficio; es como un *cazador* encargado de hacer desaparecer los animales feroces, y tiene que justificar su papel con el *éxito*.» (Sorel, art. cit., pág. 38.)

Digitized by Google

hecho, el estado y las exigencias de la vida y de la ciencia modernas, y comprendan que la *esclavitud judicial* no es compatible con la una ni con la otra, y que debe ser reemplazada con el arbitrio judicial, que ambas reclaman, ó sea, con el *arbitrio judicial ilustrado* en el estudio y en la contemplación directa de la realidad? De ellos mismos, de su esfuerzo personal, es de quien depende principalmente este resultado. Quizá nunca con más exactitud que aquí ha podido aplicarse la divisa de Tolstoi: *¡La salud está en vosotros!*

En el estado actual de las cosas, tiene que ser muchas veces dificilísima, comprometida y atormentadora la situación de los magistrados penales de alguna ilustración. Cuando entre lo que, según la ley, tienen forzosamente que hacer y lo que, en conciencia, crean ellos que debiera hacerse, haya oposición ó discrepancia notable; en caso de conflicto entre la justicia *legal* y la justicia *real*, verdadera, ¿á cuál dar la preferencia? Y cuenta que este caso (1) es más frecuente de lo que puede creerse, y lo será muchísimo más á medida que los jueces sean más estudiosos y se vayan penetrando más de lo que su misión exige, si han de cumplirla dignamente.

***

ños, sino para entregarlos á una justicia brutal y ciega, que se complacerá en castigarles y atormentarles.

Finalmente, es también causa de la actual situación de la magistratura, la inadecuada preparación científica que á la misma suele darse en los varios grados de la enseñanza, sobre todo en la enseñanza universitaria. Pero de esto ya se ha hecho alguna indicación (§ 64, notas de las págs. 211 y 215). La ineptitud de los jueces y magistrados penales actuales la reconocen también otros escritores, algunos de ellos, por cierto, que ejercen ó han ejercido precisamente el cargo de magistrados, como Garofalo (*Criminología*, trad. esp.), ó de jueces de instrucción, como Tarde (*Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, págs. 449 y sigs.). Y hay que desengañarse: mientras los jueces no sean cultos y estén en situación de reemplazar al Jurado, éste no desaparecerá.

(1) Caso de conciencia. Los moralistas se han hecho algunas veces cargo de él, resolviéndolo de distinta manera.

Digitized by Google

68. Pasando ahora á examinar concretamente la doctrina que los autores exponen tocante á la interpretación de las leyes penales, advertiremos la inconsistencia de la misma y la absoluta carencia de principios directivos que la informan. Al cabo, la interpretación de las leyes en general suelen los tratadistas someterla á determinadas reglas, en su mayoría abstractas, es cierto, y sin base firme en la realidad, por consiguiente, inadecuadas é inaplicables muchas veces, como toda fórmula absoluta; pero no puede negarse que son reglas fijas, conocidas, que todos admiten y que constituyen un cuerpo de doctrina: el sistema que se llama de hermenéutica jurídica, el cual es igual en sustancia para todos, no obstante variar á veces de unos á otros la organización exterior del mismo (1).

(1) V. gr., algunos escritores continúan exponiendo la teoría de la interpretación de las leyes en general, reproduciendo sencillamente, unos después de otros, ó á lo más parafraseándolos, los cánones extraídos de los textos romanos; otros se sirven de los «elementos» de que, por lo que toca á este particular, habló Savigny, y otros aprovechan tanto la elaboración de estos últimos como la de los primeros, para formular, con cierto orden, su sistema de hermenéutica jurídica. Cualquiera que estudie estas varias teorías se convencerá de que el fondo de todas ellas es siempre idéntico, y que lo que las diferencia es meramente la disposición externa, la organización. Lo cual no es decir que en este orden no se haya verificado algún progreso; a contrario: tan pronto como Savigny consideró como uno de los «elementos» de la interpretación el histórico, se introdujo en el sistema de la hermenéutica jurídica la levadura de la reforma. Pero la verdad es que este elemento ha sido descuidado después, en comparación con la importancia que se ha atribuído á los otros, á los que podríamos decir *racionales*, ó mejor, *puramente especulativos* (el lógico, el sistemático); por lo que, aun cuando los tratadistas han continuado hablando de él, bien directamente, bien incluyéndolo en la llamada *ratio legis*, lo han hecho siempre de un modo subordinado: para ellos, la interpretación era interpretación de las leyes, no de los hechos, y tal interpretación había de hacerse averiguando, no lo que estos últimos son y representan, esto es, lo que *debe decir* la ley, *históricamente* considerada, sino lo que el legislador *quiso* que dijera *(mens legis)*. Ahora bien: precisamente el elemento histórico es el más importante de todos, aquel cuyo desarrollo hay que procurar: la interpretación ha de irse convirtiendo cada día más en interpretación histórica, que es tanto como decir en interpretación realista, sociológica, en interpretación de la realidad.

Digitized by Google

Mas no sucede lo mismo en punto á la interpretación de las leyes penales: aquí, ni siquiera existe un conjunto ordenado de preceptos abstractos, de reglas derivadas de los *eternos principios* de justicia, un sistema orgánico, lógico, coherente, aunque sea falso; aquí, bien puede decirse que no hay norma alguna de interpretación (1), y si las hay, son normas caprichosas, producto del arbitrio vacío é infundado del escritor, diferentes de unos á otros, variables continuamente, y variables, no por exigencia de la variación de las circunstancias, es decir, con variabilidad racional, sino porque así le place al intérprete, es decir, con variabilidad antojadiza. En punto á la interpretación de las leyes penales, puede muy bien afirmarse que vivimos en una verdadera anarquía; siendo lo particular del caso que cabalmente sucede esto allí donde la arbitrariedad es más temida, donde se quiere impedir toda libertad al juzgador, y que justamente se predica la no existencia de norma, de freno racional, de regulador de la conducta, como uno de los medios de impedir hasta la posibilidad de todo arbitrio.

Veamos cómo los hechos justifican totalmente las afirmaciones anteriores.

69. Comenzaremos por la que se denomina interpretación declarativa y también normal, ó sea aquella que consiste en la exposición del verdadero sentido de las leyes, para aplicarlas á los casos comprendidos en ellas ó previstos por el legislador (2).

Aquí pueden darse dos casos: *a)*, que la ley esté suficientemente clara á los ojos del juez; *b)*, que no lo esté. En el primero, la opinión corriente entre los tratadistas es que no puede tener lugar la interpretación, y que la función del juez debe

(1) Por eso se observa con frecuencia que los autores ni siquiera se ocupan de ella ó le consagran muy pocas líneas. Lo general es que se limiten á decir que, no habiendo más delitos que los contenidos en la ley, no puede hacerse uso en materias penales de la interpretación extensiva.

(2) V. Morató, *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, etc., Valladolid, 1877, t. I, págs. 40 y sig.

Digitized by Google

consistir únicamente en aplicar la ley (1). Lo cual es un error: pues, por clara que esté la ley, siempre será preciso que el magistrado la entienda, para después aplicarla. Por tanto, la interpretación es en todo caso necesaria, es una función esencial del juzgador, como se ha dicho (§ 40): lo único que hay es que unas veces precisa hacerla más detenidamente que otras. Pero, aparte de esto, aun dando por supuesto que el precepto legislativo no ofrezca duda alguna en sí mismo, aisladamente considerado, siempre será forzoso ponerlo en relación con todas las demás disposiciones de la misma ley ó código y con todas las demás leyes del mismo país, dado caso que (empleando el lenguaje de que suelen hacer uso los escritores de la filosofía abstracta del derecho, todos los que conciben á éste como algo sustantivo é independiente de las cosas) el derecho no puede menos de ser orgánico, no puede estar en contradicción consigo mismo, y su órgano, el legislador, no puede tampoco, en buena doctrina, haberse contradicho, no puede haber dado una ley ó un precepto de una ley con sentido y propósitos contrarios á los que inspiren las demás leyes ó las demás prescripciones de la misma ley. De donde resulta que lo menos que deben hacer los juzgadores, *en todos los casos*, para bien aplicar las leyes, es penetrarse del sentido que anima á las que rijan en el Estado, reconocerlo en el precepto que van á aplicar, y comparar, cotejar y poner en armonía este último con el resto de la legislación. Lo cual no es ya cosa tan fácil y llana como suele creerse. De suerte que, aun para la mera aplicación de los textos del Código penal (como de cualquiera otro) que se ofrezcan como más claros, necesitan los jueces una interpretación, y una interpretación laboriosa (2).

---

(1) V. más atrás, §§ 36, 37, 38, 53, 55 y 56. V también Haus, ob. cit., I, pág. 92; Garraud, ob. cit., I, pág. 171; Pessina, ob. cit., I, págs. 121-122, y otros.

(2) Bien sabemos que, en la gran mayoría de los casos, los tribunales no se preocupan siquiera de confrontar y armonizar el artículo que juzgan apli-

Digitized by Google

70. En el segundo de los casos antes indicados, es cuando puede y debe tener lugar, según todos los autores, la interpretación en el orden penal, ó sea la investigación del sentido de la ley, de la voluntad del legislador. «La interpretación de una ley—dice Haus—supone que los términos de que el legislador se ha servido son oscuros ó equívocos» (1). Pero ¿de qué interpretación se podrá y se deberá hacer uso en este caso? ¿Cuáles serán los medios que el intérprete podrá poner en práctica para lograr el fin que persigue—reconstruir el pensamiento del legislador?—Las soluciones son tantas, puede decirse, como cabezas, y no debe extrañar, ya que, por un lado, pesa sobre los tratadistas con fuerza irresistible la idea de que es necesario que la ley se cumpla, así como que el que atenta contra la seguridad social, contra el derecho, contra el orden, etc., merece castigo; y por otro, se les impone con fuerza no menos abrumadora la idea de que, siendo la pena un mal y no pudiendo el juez imponerla sino con sujeción estricta á lo estatuído legalmente *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*, sería injusto y además peligroso para la seguridad y la libertad de los ciudadanos el dejar facultades á los tribunales para interpretar las leyes y

---

cable al hecho con otros del mismo Código ó de otras leyes; bien sabemos que entre nuestros magistrados no abundan los que hayan llegado á discernir el sentido ó sentidos que al vigente Código penal animan; pero precisamente por eso es por lo que la administración de justicia penal en nuestra patria es tan rutinaria. Los encargados de administrarla se figuran que *cada* hecho delictuoso encaja perfectamente dentro de *un* artículo del Código, y *sólo de uno*, sin tener nada que ver con los restantes del mismo, ni con otras leyes. ¿Cómo explicarse, si no, el que saquen tan poco provecho de otros artículos del propio Código, para ir encauzando la función penal por los derroteros en aquél iniciados y por los cuales va entrando la misma en otros países, respondiendo así á las nuevas exigencias científicas y sociales? ¿Por qué razón no toman aquí en cuenta, como otras veces, ciertas sentencias romanas, que son la más explícita condenación de su conducta: *Incivile est non nisi tota lege perspecta, una aliqua particula tantum proposita, judicare vel respondere;—Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim et potestatem*, y otras semejantes?

(1) Ob. cit., I, pág. 92.

Digitized by Google

para imponer castigos que éstas no autorizan expresamente, so pretexto de que están oscuras y de que la intención del legislador ha sido castigar. Es decir, que aquí, como en tantas otras ocasiones, se colocan frente á frente dos intereses: el de la sociedad en imponer pena y el de los ciudadanos en que no se les imponga más que en los casos que consienta la ley. Y claro está: según se dé predominio al primero ó al segundo de estos dos intereses, verdaderamente incompatibles (1), así el escritor defiende una ú otra forma de interpretación. Este estado de incertidumbre lo formula perfectamente Carrara diciendo (2): «Cuanto á la interpretación de la ley penal, están discordes las doctrinas sobre si debe hacerse uso de la interpretación *lógica*, la cual busca el espíritu, ó de la interpretación *literal*, la cual se fija en las palabras de la ley, y sobre si, admitida la interpretación lógica, ha de emplearse tanto con un fin *restrictivo* como con un fin *extensivo*. Quizá el problema no puede resolverse con una fórmula absoluta» (3).

---

(1) V. Dorado, *Problemas jurídicos contemporáneos*, artículo segundo: *Bosquejo de una reforma en la organización de tribunales y en el enjuiciamiento criminal*.

(2) Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte general, tomo III, séptima edición, Luca, 1890, § 888, págs. 164-65.

(3) En efecto, el problema no puede resolverse, como no puede resolverse ninguno, con una fórmula absoluta, sino en vista de las circunstancias singularísimas que á cada caso rodeen. Es decir, que aquí, lo mismo que sucede en todas las demás cuestiones, no pueden invocarse reglas fijas, principios de racionalidad esencial, inmutables, eternos, perfectamente iguales. Por eso es por lo que nosotros hemos dicho que la interpretación es función que corresponde siempre al juez, el cual, para hacerla, tiene que atender á la realidad, al hecho y á los múltiples elementos que lo constituyan; en lugar de confiarse, para la resolución de todos los casos que se le presenten, á ciertas máximas extraídas de una legislación histórica y á las cuales se pretende atribuir el monopolio de la justicia.

Ahora, la misma duda que al ilustre Carrara se le ofrecía respecto á la posibilidad de resolver el presente problema con una fórmula absoluta, debió ofrecérsele con respecto á la resolución de todos los demás de la disciplina penal; sin embargo, no fué así, pues si se exceptúan pocos pasajes de su gran obra el *Programa* (v. gr., al tratar de la locura en sus relaciones con la im-

Digitized by Google

Interesa poner de manifiesto, con la brevedad posible, el estado de indecisión, de discrepancia, de confusión que existe acerca del particular entre los tratadistas.

71. Algunos de éstos, aquellos que escribían bajo la inmediata presión de las doctrinas del contrato social y de la necesidad de constituir, frente á la del Estado, la personalidad inviolable del individuo; y aquellos otros que pretenden mantener incólume esta personalidad, pertrechándola contra todo ataque abusivo que pudieran dirigir contra ella los jueces penales á quienes se concedieran amplias facultades para interpretar y aplicar las leyes... estos tratadistas se colocan resueltamente del lado del autor del delito y de su interés *(pro reo)*, y, ó aconsejan que á la menor duda que la ley penal ofrezca, ésta haya de interpretarse en beneficio del delincuente, ó niegan desde luego al juez todá facultad interpretativa, para reconocérsela únicamente al legislador. Tal es, por ejemplo, la posición que ocupan, frente al problema de la interpretación de las leyes penales, Beccaria, el padre de toda la corriente penal moderna, el inspirador, podemos decir, de todos los penalistas y de todos los códigos penales del presente siglo (1), y los reputadísimos expositores y comentaristas del Código penal francés, Adolfo Chauveau y Faustino Hélie. Para que el lector conozca la opinión de tales autores, vamos á reproducir lo más esencial de ella.

»La autoridad de interpretar las leyes penales—dice Beccaria—no puede residir en los jueces criminales, por lo mismo

---

putabilidad), su manera de afrontar y dar solución á éstos era precisamente la opuesta, á saber: la de invocar principios de justicia absoluta, reglas derivadas de la propia esencia de la razón, independientes como ésta de tiempos, de lugares, de otras circunstancias, y aplicables por igual é inflexiblemente á todos los casos.

(1) De Beccaria arranca (hasta donde es posible decir que una teoría ó una cosa cualquiera hace su *primera* aparición en la vida) todo el que se llama derecho penal *clásico*, tanto en la esfera de la ciencia, como en la de las legislaciones.

Digitized by Google

que no son legisladores (1). Los jueces no han recibido las leyes de nuestros antiguos padres como una tradición doméstica y como un testamento, en que no se dejase á la posteridad otra cosa que la obligación de obedecerlas; sino que las reciben de la sociedad viviente, ó del soberano que la representa como depositario legítimo del actual resultado de la voluntad de todos (2); las reciben, no como obligación de un antiguo juramento, nulo, por cuanto ligaba voluntades que aun no existían, é inicuo, porque reducía á los hombres del estado de sociedad al estado de rebaño; sino como efecto de un juramento expreso ó tácito que las voluntades reunidas de los súbditos vivientes han hecho al soberano, como vínculos necesarios para enfrenar y dirigir la intestina ebullición de los intereses particulares. Esta es la autoridad física y real de las leyes. ¿Quién será, pues, el legítimo intérprete de la ley? El soberano, es decir, el depositario de las actuales voluntades de todos; no el juez, cuyo oficio es tan sólo examinar si tal individuo ha realizado ó no una acción contraria á las leyes (3).

«*No hay nada más peligroso que el axioma común, que dice ser preciso investigar el espíritu de la ley*. Esto es un boquete abierto al torrente de las opiniones. Esta verdad, que parecerá una paradoja á las inteligencias vulgares, las cuales se preocupan más de un pequeño desorden presente que de las funestas, aunque remotas, consecuencias que nacen de un falso principio arrai-

---

(1) La misma idea que hemos encontrado en Cogliolo y en Fiore, y que es la dominante en la generalidad de los pensadores y publicistas (V. §§ 86 y siguientes y 55 y sigs.), si bien éstos no suelen creer incompatibles, como lo cree Beccaria, la función de jueces no legisladores con la interpretación.

(2) No se olvide que César Beccaria escribió su libro en los momentos en que estaba en todo su auge la teoría del pacto social, y que en este pacto es donde se halla, según él, el origen y el fundamento del derecho del Estado á imponer penas.

(3) Para Beccaria, por tanto, la única interpretación que cabe admitir de las leyes penales es la interpretación que se llama *auténtica*, la cual no es verdadera interpretación, sino una nueva ley.

Digitized by Google

gado en una nación, me parece demostrada. Nuestros conocimientos y todas nuestras ideas están en recíproca conexión; cuanto más complicados son, tanto mayor es el número de las vías que á las mismas conducen y que de ellas parten. Cada hombre tiene su punto de vista; un mismo hombre tiene un punto de vista diferente en los diferentes tiempos. Por consiguiente, el espíritu de la ley vendría á ser el resultado de la buena ó mala lógica de un juez, de una fácil ó una malsana digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad del que sufre, de las relaciones del juez con el ofendido y de todas aquellas fuerzas menudas que hacen que las cosas se presenten de distinto modo al fluctuante criterio del hombre. Esta es la razón por la cual vemos que la suerte de un mismo individuo se cambia á menudo, con sólo pasar de unos tribunales á otros, y que las vidas de los miserables vienen á ser las víctimas de los raciocinios falsos, ó de la actual fermentación de los humores de un juez, que toma por legítima interpretación el vago resultado de toda la confusa serie de nociones que mueven su inteligencia. De aquí que veamos que unos mismos delitos son castigados de diferente manera por un mismo tribunal en tiempos distintos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la ley, sino la errante instabilidad de las interpretaciones» (1).

Entre las muchas observaciones que suscitan las palabras copiadas del gran reformador del derecho penal, no debemos prescindir de algunas, que son las más pertinentes á nuestro caso.

Primeramente, todo el horror que manifiesta tener al arbitrio de los jueces estaba muy justificado en los tiempos en que el autor escribía (1764), en los cuales, los juzgadores del orden penal abusaban grandemente, en perjuicio de los ciudadanos, de las facultades discrecionales que para el desempeño de su

(1) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cap. IV, págs. 40-41 de la citada edición de Sonzogno, Milán, 1884.

Digitized by Google

función les estaban reconocidas por las leyes ó por las costumbres (§§ 8, 9 y 25, nota de la pág. 66). Por otra parte, la época en que vivió Beccaria fué la época de la gran efervescencia filosófica de los enciclopedistas; la época en que, por obra de éstos y de las teorías del derecho natural, llevadas á su máximo desarrollo por los teóricos del contrato social, singularmente por Rousseau, se estaba elaborando la doctrina de los derechos innatos, absolutos, inalienables, etc., del hombre, como tal hombre; es decir, era la época en que se afirmó—lo cual no había sucedido antes—el propio y sustantivo valor de la persona individual, como tal y frente al Estado, sus órganos ó poderes. Los propagadores de este movimiento, que luego encarnó tan bien la Revolución francesa y cuya fuerza es aún grandísima en la vida y régimen de las naciones contemporáneas, hicieron del individuo un verdadero ídolo, una cosa sagrada, cuyos derechos intangibles eran anteriores y superiores al Estado, el cual ni siquiera podía legislar sobre ellos, so pena de cometer atentado. Este movimiento de reacción contra el antiguo absolutismo, muchas veces tiránico, del Estado y de sus poderes, es lo que representa en el orden penal la obra de Beccaria. Por lo cual, su doctrina, que desde nuestro punto de vista es exagerada, y aun en su tiempo podía serlo, tiene una sencillísima explicación histórica. Y así no es de extrañar, en vista de lo que se acaba de decir, que desnaturalice la función del juez, negando á éste la parte más imprescindible de aquélla, ó sea la interpretación, por miedo á que, interpretando, pudiera causar algún daño ilegal á la personalidad inviolable del ciudadano; ni que extremara las cosas hasta el punto de entregar á éstos á merced de los legisladores, los cuales no tienen cortapisa alguna.

En segundo lugar, las afirmaciones que Beccaria hace al ocuparse de la interpretación de las leyes penales, sólo se justifican, ó al menos se explican, considerando que, según él, la función de los jueces penales es *esencialmente dañosa* para el ciudadano, y que por eso es necesario parapetar bien á éste contra los posibles abusos de aquéllos, impidiendo que, so pre-

Digitized by Google

texto de interpretación, le hagan víctima de perjuicios que las leyes no consienten, al menos de una manera clara y expresa. Sólo así puede uno comprender por qué razón ha de ser *peligroso* el axioma (que parece tan racional, y que como racional se considera cuando se trata de otras leyes que no sean las penales), según el cual deben los juzgadores, antes de aplicar las leyes, averiguar el *espíritu* de éstas, es decir, la razón y propósito de sus prescripciones, y por qué el autor supone que los inconvenientes, que de prescindir de dicho espíritu pueden provenir, son muchísimo menores que los que se pueden originar de aplicar las leyes á la letra (1).

---

(1) «Un desorden que provenga de la rigorosa observancia de la letra de una ley penal no puede ponerse en comparación con los desórdenes que provienen de la interpretación. Semejante momentáneo inconveniente impulsa á emprender la facil y necesaria corrección de las palabras de la ley *(a)*, que sean la causa de la incertidumbre; pero impide la *fatal licencia de razonar*, que es la que da origen á las controversias arbitrarias y venales. Cuando un código fijo de leyes que deben ser observadas á la letra no reconoce al juez otra misión que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgar si se conforman ó no se conforman con la ley escrita; cuando la norma de lo justo y de lo injusto, que debe dirigir las acciones, tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo, no es materia de controversia *(b)*, sino de hecho..., en tal caso, los súbditos no quedan sujetos á las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre quien sufre y quien hace sufrir, y más fatales que las de uno solo: porque el despotismo de muchos únicamente puede corregirlo el despotismo de uno solo y la crueldad de un déspota es proporcionada, no á la fuerza, sino á los obstáculos.» (Beccaria, loc. cit., págs. 41-42.)

(a) ¿Y en nombre de qué se hará esta corrección, sino en nombre del espíritu de la ley misma, esto es, en nombre de lo que la ley debe y quiere decir, pero no dice?

(b) No es preciso que lo sea, ni debe serlo en un sistema penal en que la pena se considere como un medio de derecho, bueno por consiguiente, y en el que la administración de justicia no sea un asunto sometido á la contienda de partes interesadas y encontradas (la sociedad y la persona ofendida, de un lado, y el reo ú ofensor, de otro), sino un asunto de la intervención, conocimiento y resolución exclusivos del magistrado ó magistrados. (V. *Problemas jurídicos contemporáneos*, artículo *Bosquejo de una reforma*, etc.)

Digitized by Google

72. Desde Beccaria hasta ahora, ha transcurrido más de un siglo; las condiciones que constituyen el ambiente social de hoy son diferentes de las que constituían el ambiente de entonces; la constitución de la personalidad individual y el respeto á sus derechos es cosa ya adquirida, y por decirlo así, incorporada al patrimonio de ideas que forman la conciencia pública de nuestro tiempo; las exigencias de la ciencia y de la vida contemporáneas son muy otras que las de la ciencia y la vida del siglo pasado...; y sin embargo de todo esto, aun hay escritores de valía que hablan de la interpretación de las leyes penales casi con las mismas palabras que el gran reformador milanés; como si aun subsistieran los motivos que produjeron la reacción individualista penal que éste determinó con su libro; como si aun nos amenazaran los mismos peligros que entonces existían, por parte de los tribunales, para la libertad y la seguridad de los ciudadanos, y como si aun persistieran las cosas en el mismo estado en que se hallaban en la mencionada época. Véase, por ejemplo, lo que tocante al particular escribían recientemente los citados Chauveau et Hélie, en su *Théorie du Code pénal* (1).

«Sobre todo, *debe rechazarse sin vacilación*, en materia penal, las interpretaciones que se fundan, ora en analogías más ó menos exactas, ora en comparaciones, ora en deducciones más ó menos ingeniosas; se debe rechazar la aplicación de aquellas leyes penales sobre cuya existencia se cuestiona entre los jurisconsultos; leyes semivigentes, semiderogadas por leyes posteriores, ó por desuso... *Toda incertidumbre sobre la fuerza obligatoria de la ley penal, toda ambigüedad en sus disposiciones, debe resolverse en favor del procesado*, porque una prohibición indecisa y dudosa no es razón suficiente (?) para abstenerse de obrar. Si el legislador quiere ser obedecido, debe hacerse entender... Todo acto que no está formalmente prohibido está necesariamente (?) permitido (2). Allí donde

(1) Sexta edición, París, 1867, t. I, págs. 41 y sig.

(2) Los autores dan aquí como indiscutibles ciertos conceptos que, á nues-

Digitized by Google

se detienen la solicitud y la previsión de la ley, ha lugar á presumir (?) que termina el peligro social, y que, exagerando por celo el peligro social, se caería en otro peligro. La ley penal, ya lo hemos dicho, no castiga (?) todos los hechos inmorales; solamente comprende aquellos que pueden causar una perturbación social ó constituir un atentado grave á la seguridad pública. Si se va más allá, si se incrimina la inmoralidad de todos los actos en que tal inmoralidad se advierta, la ley introduciría la perturbación en el seno de la sociedad, en lugar de favorecer á ésta, porque paralizaría todas las transacciones civiles y todas las relaciones sociales...

«*Es, pues, imposible suplir la deficiencia de la ley penal, como se suple la de la ley civil, mediante la equidad y los usos, mediante la analogía y las inducciones.* AQUÍ, TODO ES DE DERECHO ESTRICTO: la prohibición, ó existe, ó no existe; ó el acto está prohibido, ó no lo está (1). Si la ley nada dice, ó es ambigua, ¿cómo ha de suplirse su texto mediante una interpretación científica? ¿Puede esta interpretación completar una laguna de la ley, cuando se trata de apreciar los actos que la sociedad tiene interés en acriminar?... *Debe rechazarse toda interpretación que no esté clara á los ojos de todos, pues en* MATERIA PENAL *el juez* NO TIENE PROPIAMENTE QUE INTERPRETAR: *lo que tiene que hacer es acomodar sus actos á los textos de la ley.* Si ésta contiene alguna laguna, ¿cómo ha de ser culpable el juez de no haber visto lo que no existía» (2).

---

tro juicio, están muy lejos de serlo: más bien son prejuicios que se deben desarraigar. El entrar ahora en su examen nos apartaría de nuestro objeto.

(1) Ya debían comprender los autores á quienes pertenecen las palabras del texto, como debían comprenderlo otros, que esto se dice bien, abstractamente; pero que lo difícil es saber *en cada caso* si al acto de que se trata alcanza ó no la prohibición, y que el determinar esto es ya una forma de interpretación.

(2) No faltan otros autores que se encuentran en la misma posición que los de que se habla en el texto: al menos, que afirmen su misma doctrina en principio (pues como es insostenible, tienen forzosamente que negarla des-

Digitized by Google

Que los celebrados escritores proscriben la interpretación extensiva, la analógica, la fundada en inducciones, es decir, todas las formas de la interpretación que se llama lógica, es cosa indiscutible, porque lo dicen de una manera clara. Es también indiscutible que proscriben la interpretación originada por la incertidumbre de si determinadas leyes están ó no en vigor, ó por ambigüedad en las disposiciones legales. Y es indiscutible, asimismo, que el motivo de esta proscripción es el que tantas veces hemos indicado y que inspira y penetra todo el organismo penal moderno, á saber: que siendo la administración de justicia penal *esencialmente* mala, dañosa, odiosa, se debe tener gran desconfianza en los órganos que la ejercen, se les ha de tener á raya, impidiéndoles toda libertad para el desempeño de su peligrosa, repulsiva y temida función, y se les ha de obligar á no buscar la justicia en otra parte que donde exclusivamente se encuentra, ó sea en la ley. Ahora bien: ¿proscriben Chauveau y Hélie *toda forma* de interpretación, cualquiera que ella sea? ¿Proscriben la interpretación que se llama *declarativa*, esto es, aquella que se propone determinar el verdadero contenido de la ley, sin salirse de sus propias palabras? ¿Proscriben la interpretación *restrictiva*? ¿Pros-

---

pués en varias ocasiones); y hasta pudiera decirse que todos los que se coloquen en el punto de vista de los derechos del individuo *(pro reo)* debieran afirmarla resueltamente (aunque sea contradiciendo con otras exigencias á que ellos pagan luego también tributo) y proscribir de un modo radical y absoluto toda interpretación. Vicente y Caravantes, por ejemplo, reconoce «la utilidad de desecharse las interpretaciones oscuras sacadas de violentas deducciones, y la aplicación de leyes penales, cuya existencia es dudosa entre los jurisconsultos, por hallarse semiderogadas por leyes posteriores ó por el desuso, porque no puede obligarse á los particulares á saber leyes, sobre cuya existencia duden los peritos. Conforme á esta doctrina, no se castigarán más acciones ú omisiones que las penadas en el Código de un modo claro.» *(Código penal reformado*, Madrid, 1851, pág. 12.) Y partiendo de esta idea, llega el autor hasta negar la posibilidad de castigar hechos que, á sus ojos, como á los de la generalidad de las gentes civilizadas, son delitos nefandos: tales son el de bestialidad y el de rufianería. (L. c.)

Digitized by Google

criben toda interpretación *gramatical?* ¿Pretenden convertir al juez en un *instrumento ciego* de la ley, en un ejecutor mecánico de las disposiciones de ésta, perfecta é igualmente claras para todo el mundo? Esto es lo que no puede inducirse fácilmente de los pasajes transcritos. Y bien valía la pena de que, en cuestión tan interesante, se hubieran pronunciado de un modo explícito, que no dejara la menor sombra de duda (1).

73. Hay otros escritores, los cuales, no obstante su miedo y repugnancia al arbitrio judicial y á los jueces legisladores en materias penales, y no obstante su celo por la libertad y la seguridad de los ciudadanos, consideran que la interpretación es función inseparable de la del juzgador (2); bien es verdad que con bastantes limitaciones.

«*La aplicación de la ley*—dice Pessina (3)—*no es posible sin su interpretación por obra del juez;* pero éste no puede hacer otra cosa que interpretar *para que su sentencia se ajuste á la ley. Non de legibus, sed secundum leges judicandum.*» «¿Le está prohibida

---

(1) La posición en que éstos y la casi totalidad de los escritores de materias penales se encuentran acerca del particular, no les permite, sin embargo, ser más resueltos; antes bien, les obliga á cernerse en perpetuas vacilaciones. Por un lado, tienen constantemente ante los ojos el «pavoroso fantasma del arbitrio judicial», en actitud amenazadora y decidido siempre á hacer á los ciudadanos, al menor descuido, *todo el mal posible;* por otro lado, ven la *absoluta imposibilidad* de impedir al juzgador todo movimiento libre, y lo *absurdo* que es pretender reducir á función por completo mecánica una función que, por su propia esencia, requiere la intervención de la inteligencia: es decir, por un lado, se les ofrece la exigencia de que los jueces *apliquen* la ley sin entenderla, *sin interpretarla,* y por otro, se les presenta la imprescindible necesidad de que, para aplicar la ley, *hayan de entenderla previamente.*—Entre los dos opuestos extremos, existe toda una larga serie de grados, que son los que representan las posiciones de los diferentes tratadistas, todas ellas, por lo tanto, ilógicas y eclécticas.

(2) Con lo que vienen á caer en brazos del odiado, pero de todo punto inevitable, arbitrio del juez.

(3) *Elementos de Derecho penal,* trad. esp. de González del Castillo, con notas de Aramburu, parte primera, Madrid, 1892, pág. 121.

Digitized by Google

la interpretación—pregunta Garraud (1)—á un tribunal represivo? En modo alguno—contesta—. *En el caso de que el texto de la ley esté oscuro, dicho tribunal debe preguntarse*, lo mismo que un tribunal civil, cuál ha sido *la intencion del legislador*, y servirse, para hacer esta indagación, de *todos los procedimientos interpretativos*, de la interpretación *lógica*, lo mismo que de la *gramatical; pudiendo, tanto extender como restringir el alcance literal de tos textos...* A menudo se dice que, cuando la ley penal no está clara, debe interpretarse de un modo extensivo en favor del acusado y de una manera restrictiva en su contra. Pero *si esta regla fuera exacta, se privaría al juez del derecho de indagar, sin otra preocupación que la de la verdad* (2), *cuál sea el sentido de una ley penal poco clara.* Ahora, este derecho lo tiene el juez represivo, lo mismo que el juez civil. El aforismo de Bacon: *durum est torquere leges, ut homines torqueant,* á lo más á lo más tiene el valor de un juego de palabras (3). No deben torturarse los textos, sino interpretarlos. No tengo inconveniente en admitir que, puesto que las penas no pueden infligirse sino en virtud de una disposición expresa y explícita, las dudas deben resolverse en beneficio del acusado. Pero no por esto es menos exacto que *el juez, antes de absolver, debe procurar ilustrarse acerca del sentido y del alcance de la ley.*» Por su parte, Haus (4), no solamente admite la interpretación grama-

---

(1) *Traité* citado, I, pág. 171.

(2) ¿Y puede creerse que el juez penal, al interpretar la ley, como al realizar cualquiera otro acto propio de sus funciones, ha de preocuparse de otra cosa que de la verdad y de la justicia? Solamente pueden escaparse expresiones como las que aquí emplea Garraud, cuando se da por supuesto que los jueces penales, de lo que ordinariamente se preocupan, es de hacer mal al ciudadano, valiéndose de subterfugios y engaños.

(3) En su tiempo, tuvo, sin embargo, valor real: representaba la reacción legítima contra la ilimitada arbitrariedad de los jueces para imponer castigos (males), que, sin violentar las leyes, no podían imponerse. (V. el cap. I.)

(4) Ob. cit., I, págs. 94 y siguientes.

Digitized by Google

tical (1), sino que considera también como indispensable la interpretación lógica, cuando la gramatical sea insuficiente. «Las dudas que surgen del texto de la ley penal resultan, la mayor parte de las veces, de lo equívoco de los términos, los cuales se aplican á diferentes hechos, á diferentes hipótesis ó á varias especies de objetos. Si la significación de estos términos no está fijada por la ley misma, ni por los trabajos preparatorios de ésta, el juez, *aun en materia represiva,* debe acudir á la interpretación lógica. Para saber lo que el legislador ha querido decir, hay que examinar *todo el texto* que encierra la expresión equívoca, así como también las *demás disposiciones* que regulan la misma materia, *combinándolas con el texto;* y en defecto de estos elementos de interpretación, buscar el *motivo de la ley*, es decir, el principio que le sirve de base... *No basta, pues, que el sentido de la ley penal sea dudoso, para que la misma haya de aplicarse en favor del acusado. Si así fuese, el juez no podría recurrir nunca á la interpretación, ni siquiera á la interpretación gramatical, de los términos de la ley, y se vería con frecuencia forzado á aplicar ésta en un sentido contrario á la voluntad del legislador.*»

Esta doctrina de Haus es la que se presenta, á primera vista, como más racional, y se necesita, á nuestro juicio, estar muy preocupados para no reconocerlo así.

---

(1) «Cuando la ley define ciertos términos, deben ser tomados en el sentido legal, aun en el caso en que se trate de materias en las cuales el legislador emplee los mismos términos, sin referirse expresamente á las definiciones que haya dado en otro sitio; pues se supone que ha querido emplearlos en el sentido expresado en la definición, mientras no conste lo contrario. A veces, la significación de las palabras de que el legislador se ha servido, y que podrían provocar dudas, se halla determinada en la exposición de motivos, en las discusiones, etc., á que la misma ley haya dado lugar. En defecto de estos medios de interpretación gramatical, hay que atenerse al sentido consagrado por las reglas, ora del lenguaje técnico, cuando las locuciones empleadas por el legislador se refieran á las ciencias, á las artes, á la agricultura, al comercio, á la industria, á la marina, etc., ora del lenguaje común, cuando se trate de palabras vulgares.»

Digitized by Google

Pero, por otra parte, si tal doctrina se admite, viene á incurrirse sin remedio en lo que tanto se teme, es decir, venimos á reconocer, en cierta medida, el arbitrio de los jueces, á dar á éstos algunas facultades legislativas y á dejar á los ciudadanos á merced de los mismos. Por esta causa, los tratadistas que no rechazan de plano toda interpretación de las leyes penales, sino que consideran que los magistrados no pueden ni deben prescindir de interpretarlas, dicen: unas veces, que la única interpretación que puede consentírseles es la gramatical; otras veces, llegan á considerar necesaria la interpretación lógica; otras veces, admiten ésta, pero sólo en cuanto favorezca al reo; otras veces, piden, tanto la interpretación restrictiva como la extensiva; otras veces, únicamente la primera, y en ocasiones llegan á creer precisa aún la interpretación analógica (1): tal es el estado de indecisión en que forzosamente se hallan, por las razones dichas.

74. ¿Cuál será la interpretación que se deba adoptar en el caso de que lo que se llama «el espíritu de la ley» esté en contradicción con la letra de la misma, ó en el caso de que un acto que el espíritu comprenda no esté comprendido en la letra? (2). El conflicto no puede ser más evidente: si se hace prevalecer la letra, se desobedece á sabiendas la voluntad del legislador y,

---

(1) Ortolan hasta afirma que el art. 4.° del Código civil francés (que es el equivalente al 6.° del Código civil español) es aplicable al orden penal. «*El juez que entiende en los asuntos de derecho penal*—dice,—*lo mismo que el que conoce en los negocios civiles, está sometido á la regla, formulada á la cabeza del Código civil francés, de que no puede, sin incurrir en responsabilidad, dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad ó de insuficiencia de la ley*» (*Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Pérez Rivas, Madrid, 1878, núm. 818, t. I, página 322); con lo cual. no sólo se dan facultades interpretativas al juez penal, sino que se le reviste de las atribuciones de legislador.

(2) Tratándose de aplicar otras leyes que no sean las penales, es decir, tratándose de la administración de la justicia, que consiste en hacer un *bien*, tanto al individuo, como á la colectividad, no se ofrece la menor duda: ha de darse la preferencia al espíritu, porque, *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, y *prior atque potentior est quam vox, mens dicentis*.

Digitized by Google

so pretexto de cumplir estrictamente la ley, se sale el juez de la verdadera legalidad, que es la que representa el espíritu, y comete injusticia; si se da predominio al espíritu sobre la letra, se concede al juez facultades legislativas y se pone á discreción suya la libertad y seguridad de los ciudadanos, los cuales pueden haber obrado de buena fe, creyendo que el acto que realizan no está prohibido por la ley (1). Por consecuencia, no hay más remedio que seguir alguno de estos caminos: ó atenerse á lo más seguro, pero injusto, esto es, á la letra de la ley; ó atenerse á lo más racional, pero peligroso para el reo, es decir, al espíritu; ó dar soluciones intermedias, todas ellas ilógicas y arbitrarias. Y como cada autor ha dado preferencia á uno ó á otro de estos varios sentidos, sin que ninguno tenga para ello razones más fuertes que los demás, resulta que las opiniones son sumamente varias (2) y, lo que es aun más particular, que ninguna de ellas puede decirse que tenga más ni menos fundamento que las otras.

Según Pessina, «sólo se puede acudir á la interpretación racional ó lógica (que es la que penetra en el espíritu de la ley en caso de ambigüedad ú oscuridad de la letra de la misma), cuando se trate, no de perjudicar, sino de mejorar la condición del reo» (3). Giuriati (4) sostiene que es preferible el sistema de interpretación *literal* al *racional*, porque si el primero con-

(1) Este conflicto tiene que estarse presentando á todas horas á los juzgadores, porque es constitutivo, esencial, inherente á la concepción de la pena como un puro mal. Por el contrario, semejante conflicto es imposible en el sistema—que nosotros defendemos—de la pena como un bien, como un medio de prevención y de tutela, y del arbitrio ilustrado de los tribunales.

(2) «Se han ocupado de esta grave contienda, *exponiendo puntos de vista y criterios diferentes*, Carpzovio, Menocchio, Paponio, Forster, Everharde, Farinaccio, Montesquieu, Beccaria, Cremani, Thibaut, Mailler de Chassat, Riminaldo, Vancamp, Elout, Byleseld y, modernamente, Hélie, en una disertación especial.» (Carrara, ob. cit., III, § 880, nota, págs. 165-66.) A los cuales podrían añadirse muchísimos otros nombres.

(3) Ob. cit.

(4) Citado por Carrara, loc. cit.

Digitized by Google

duce al *absurdo*, el segundo conduce al *arbitrio*; y los jueces, que se avergonzarían de hacer uso del arbitrio manifiestamente, lo usan, sin parecerlo, bajo pretexto de interpretación. Y Carrara distingue entre la declaración de punibilidad de un acto y la aplicación de la pena, y dice: «Cuando se quiere atribuir al ciudadano una *violación de la ley*, hay que atenerse *estrictamente á la letra*, porque el particular no tuvo conciencia de que delinquía cuando la letra de la ley era muda (1), y él no tiene obligación de ir más allá de la letra (2). Pero cuando se trata de aplicar la pena, debe atenderse al *espíritu*, porque

---

(1) Aunque el no conocimiento de las leyes, y en general la ignorancia del derecho, no debe ser motivo de no punibilidad en un sistema penal racional, es decir, preventivo, según más adelante expondremos, la afirmación que aquí hace Carrara, aun considerada á la luz de los criterios hoy dominantes, no pasa de ser una ficción, reclamada por el repetido aforismo *nullum crimen sine lege*, y consistente en creer que todo cuanto las leyes no prohiben de un modo expreso y terminante, lo permiten; y por tanto, que no puede imputarse al ciudadano un acto que no ofenda explícitamente la ley, ni puede admitirse mala fe en el que lo realice. Esta manera de ver es bastante frecuente.

(2) «No es tan sólo—dicen Chauveau y Helie—por razón de su carácter prohibitivo, por razón de su competencia exclusiva para determinar la utilidad social de la pena, por lo que la ley penal *no puede extenderse más allá de sus términos;* es también porque la misma crea derechos y obligaciones. Cada uno de sus preceptos es una regla de conducta para los ciudadanos, *los cuales encuentran en ella la distinción entre los actos lícitos y los que no lo son*, estando obligados á conformar sus actos á las disposiciones de aquélla. Ahora, ¿no supone esta obligación un texto claro y preciso? ¿Cómo han de estar obligados por una prohibición que no está bien determinada? ¿Cómo podrá exigírseles que se abstengan de un acto no definido? ¿Cómo podrá castigárseles por un hecho *que han podido creer legítimo?* No hay que confundir los deberes que derivan de la conciencia con los que derivan de la ley: estos últimos, *cuyo único fundamento es la ley*, están contenidos *estrictamente en los textos que los establecen; fuera de tales textos, no tienen apoyo alguno, no existen*... La ley penal se compone de prohibiciones y de preceptos..., define los actos que considera como ilícitos y peligrosos, los prohibe y castiga. Ahora, ¿no está en la naturaleza de toda prohibición el encerrarse estrictamente en sus términos?» (Ob. cit., I, págs. 42 y 43.)

Digitized by Google

sólo en éste es donde se halla la *voluntad* del legislador (1); no bastando que la letra haya inducido á aquél á creer que delinquía realizando tal acto, si el legislador no había querido que se castigase... No se castigue la acción que no está comprendida en la letra, aun cuando creáis que está comprendida en el espíritu, porque en el agente no existe la voluntad criminosa; no se castigue tampoco la acción que el legislador no quiso comprender, aun cuando no esté comprendida en la letra, porque falta la voluntad del legislador» (2).

75. Todavía existen muchas más dudas tocante á la interpretación de las leyes penales.

Suponiendo que deba admitirse la interpretación racional ó lógica, la averiguación del espíritu de la ley, ¿cuál será el uso que de ella podrá hacerse? ¿Será lícito aplicar la ley, por interpretación extensiva, á casos comprendidos virtualmente en ella, pero no comprendidos en su letra? ¿Lo será el exten-

---

(1) Como se ve, el autor echa mano de principios diferentes, para justificar la opuesta solución que da en los dos casos de que habla; sin que haya motivo alguno para esta diferencia. ¿Qué razón puede haber para que en un caso se tenga por justo el investigar la voluntad del legislador, la *mens legis*, y en otro se estime injusta esta investigación? Ninguna, seguramente, como tampoco la hay para decir, según hemos visto lo hace Pessina, que de la interpretación *racional* se hará uso cuando favorezca al reo, y sólo en este caso: lo cual es tanto como afirmar que en los otros casos no importa que se obre irracionalmente. Por lo demás, esta invocación á principios *distintos* para resolver casos *análogos*, es frecuentísima en los penalistas que consideran á la pena como un mal, pero al propio tiempo como un «mal necesario» para el mantenimiento y la realización del derecho; es decir: en los autores que quisieran y no quisieran hacer uso de la pena.

(2) De donde resulta que, en el un caso, *se atiende* á la intención del agente, á la *buena fe* de éste, para declarar su acto no comprendido por la ley, y por consiguiente no penable, *aunque* el legislador *hubiera querido* penarlo; en el otro caso, *se prescinde* de la intención del mismo agente, de su *mala fe*, para declarar también no penable el acto, *porque* el legislador *no había querido* penarlo. ¿Se quiere más instabilidad de juicio, mayor falta de lógica? ¡Y todo, por arrancar del prejuicio de que la administración de justicia penal es *mala y dañosa por su propia naturaleza!*

Digitized by Google

derla, por analogía, á otros casos que ni siquiera en su espíritu pueden considerarse incluídos, pero que debieran estarlo? ¿Podrá dejarse de aplicar á casos que literalmente comprende, pero que no están comprendidos en la intención del legislador? (1). Estas tres formas de interpretación lógica son las que reciben los nombres de interpretación extensiva, analógica y restrictiva.

Tocante á esta última, la opinión de los escritores puede decirse que es unánime en admitirla. Y se comprende: dados sus prejuicios de que la pena es un mal y la administración de justicia criminal una cosa odiosa, cuanto menor sea el número de casos en que se aplique la pena, mejor: *odia sunt restringenda*. Es más, las razones en que se apoyan los tratadistas para dar la solución que acabamos de indicar son razones incontrovertibles. Castigar—dicen—un hecho comprendido en la letra, pero no en el espíritu de la ley, equivaldría á oponerse á la voluntad del legislador (2). Cuando esta voluntad falta, la ley carece de fundamento en que apoyarse, y por consiguiente, aun cuando su texto prescriba que se castigue determinado hecho, no se impondrá el castigo. Donde no existe *ratio legis*, no puede haber ley. Además, «hay casos en los cuales es necesaria la aplicación restrictiva de una ley penal, para evitar la contradicción que existiría entre ella y otra ley, si se aplicara textualmente la disposición demasiado general de la primera. Por fin, debe restringirse el alcance de la ley, cuando su aplicación literal conduciría á consecuencias que se hallaren en pugna con la justicia ó con la razón» (3).

---

(1) «Al indagar el espíritu de la ley, pueden presentarse los siguientes tres casos prácticos: 1.°, ó el hecho en cuestión no está contenido ni en las palabras ni en el espíritu de la ley; 2.°, ó lo está en el espíritu, pero no en las palabras; 3.°, ó lo está en las palabras, pero no en el espíritu.» (Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, trad. ital. de Caruana, revisada y anotada por F. Ambrosoli, 2.ª edición, Milán, 1882, págs. 243-244.)

(2) Carrara, ob. cit., § 889.

(3) Haus, ob. cit., I, págs. 99-100.

Digitized by Google

76. Ahora bien: parece que estas mismas razones debieran valer también para la interpretación extensiva y para la analógica (1). Si es verdad que *cessante legis ratione, cessat legis dispositio*, debe también decirse que *ubi est eadem legis ratio, debet esse eadem legis dispositio*. Si en ocasiones es necesario aplicar la ley restrictivamente, porque, de aplicarla según su texto, podría ponerse en contradicción con otras leyes, motivos análogos pueden obligar á que se interprete extensivamente en otras ocasiones. Y si la interpretación restrictiva es á veces un tributo á la razón y á la justicia, las cuales resultarían quebrantadas de aplicarse la ley literalmente, no se nos alcanza porqué no deba hacerse uso de la interpretación extensiva ó de la analógica, cuando, de no emplearlas, se infiera un agravio á la justicia ó á la razón (2). Sin embargo, la consabida concepción

(1) Algunos escritores identifican estas dos formas de interpretación; otros las separan, y otros hablan de una analogía legal y de una analogía jurídica, ó paralelismo, la primera de las cuales consiste en extender la aplicación de la ley á particulares no expresados en la letra de la misma, pero comprendidos en el motivo de la ley, ó *ratio legis*, y la segunda, en extender la aplicación de dicha ley á casos no contenidos en su letra ni en su motivo, pero que han debido serlo en este último. A decir verdad, entre estas varias formas de la analogía ó interpretación extensiva, no hay más que diferencia de grado, sin que sea posible establecer un límite preciso donde termine, por ejemplo, la extensión de una ley escrita y comience la aplicación de principios de analogía jurídica.

(2) Como ha sucedido en algunas ocasiones, en que, por huir de la arbitrariedad de los jueces, se ha caído en el ridículo. Así, en Inglaterra, donde no se admite la interpretación extensiva, un tribunal se negó en cierta ocasión á aplicar la pena señalada por la ley para la *bigamia* á un individuo á quien declaró el Jurado culpable de haber contraído un *tercer matrimonio*, subsistiendo aun el segundo. En otra ocasión, para que la amputación de las narices fuese castigada con la pena señalada por la ley al delito de mutilación de miembro, fué necesario una declaración formal del Parlamento, colocando las narices en la clase de miembros del cuerpo (Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, cap. II; Rauter, ob. cit., pág. 61). Rauter, que no es nada afecto á la libertad de juzgar en los Tribunales, sino que, por el contrario, defiende el principio *nullum crimen sine lege* como medio de garantizar la libertad de los individuos, llama *judáica* á esta interpretación siempre restrictiva; y

Digitized by Google

de la pena como un mal, y las demás relacionadas con ella, impiden á los tratadistas una vez más ser lógicos y justos. Gran parte de ellos rechaza desde luego esta forma de interpretación, porque envuelve el peligro de dar facultades legislativas á los tribunales (1). Otros admiten la interpretación extensiva, re-

---

añade que «las expresiones de la ley penal, lo mismo que las del lenguaje ordinario, deben explicarse, *extenderse* ó restringirse según el caso de que se trate.» (Por ejemplo, cuando la ley emplea los términos masculinos con que se designa un oficio ó función: tutor, administrador, criado, etc., se sobreentiende que ha querido abarcar también el término femenino; cuando habla, v. gr., de robo de *caballos*, debe entenderse que comprende también el robo de *un* solo caballo, etc.)

(1) «El juez debe aplicar el texto á todos los casos comprendidos en sus términos, *pero solamente á estos casos;* no siéndole permitido crear, por analogía, por interpretación ó por inducción, delitos ni penas. Esta regla es absoluta.» (Garraud, ob. cit., I, págs. 171-72.) Lo mismo hemos visto que dicen Chauveau y Hélie. Y Fiore, el cual sólo consagra unas cuantas líneas á la interpretación de las leyes penales, no obstante dedicar muchas páginas á la de las leyes en general, escribe: «Por lo que hace á las leyes penales, es precepto generalmente consagrado el de que *no puedan aplicarse á más casos ni á otros tiempos que á los que las mismas declaren expresamente.* Por lo que sería una violación manifiesta de dicho precepto el extender por analogía una ley penal, aun cuando tal extensión fuese hecha con el propósito de hallar un motivo en que fundarse para condenar á un reo. En el derecho romano, encontramos la misma regla: *odia restringenda, favorabilia amplianda. In poenalibus causis benignius interpretandum est.*

«En la jurisprudencia se halla confirmada plena y seguramente la máxima de que *en las materias penales está absolutamente prohibida la interpretación extensiva,* aunque pretenda fundarse en argumentos de analogía. El Tribunal de Casación de Florencia ha resuelto que *no puede permitirse extender la disposición de la ley penal al caso no comprendido expresamente en la misma, aun suponiendo que la razón para esta extensión fuese* EVIDENTE *y* CLARA; *es más,* AUN CUANDO DICHA RAZÓN FUESE MAS EVIDENTE *respecto del caso no comprendido en la ley que respecto del caso comprendido.*» (Fiore, ob. cit., páginas 563-64.) Véanse en análogo sentido Arabia, *Principii di diritto penale,* Nápoles, 1891, pág. 68; Travaglia, *Il nuovo codice penale italiano,* Roma, 1889, parte general, tomo I, págs. 26-27; Impallomeni, *Il codice penale italiano illustrato,* Florencia, 1890, t. I, pág. 65; Ortolan, ob. cit., I, núms. 318 y 319, páginas 322, 326; Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel,* París, 1836, t. I, números 10-11, págs. 58 y siguientes, etc.

Digitized by Google

chazando la analógica (1). Y otros, aun admitiendo en principio la interpretación extensiva y proscribiendo la analógica, imponen á la primera tales restricciones, que bien puede decirse que la rechazan (2).

Pero ni aun aquí son consecuentes; antes bien, desdiciéndose de lo que poco antes han afirmado, al rechazar la interpretación analógica y hasta la extensiva en materia penal, vienen por fin á admitir una y otra ¡cuando favorezcan al reo! (3).

---

(1) «Cuando el caso controvertido se halla contenido en el espíritu, pero no en las palabras de la ley, debe admitirse una interpretación *extensiva*, para someter el caso controvertido á la sanción de la ley.» (Carmignani, loc. cit.)

(2) Así, Haus, el cual comienza por decir que la «interpretación lógica puede ser declarativa, restrictiva y *extensiva*, y que, «*esta última es también aplicable á las leyes penales*, las cuales deben ser entendidas, como todas las leyes, en el sentido que les ha querido dar el legislador», añade poco después: «Una ley penal no puede jamás aplicarse á hechos que no están comprendidos en sus términos... En materia civil, el juez debe aplicar la ley á todos los casos á los cuales se extienda el motivo de la ley, aun cuando no estén comprendidos en sus términos. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.* En efecto, el juez civil está obligado á resolver los pleitos que se sometan á su conocimiento, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de que la ley nada dice ó es insuficiente. En caso de silencio de la ley positiva, debe recurrir, bien á los principios eternos de lo justo, bien á la analogía, para aplicar la ley á casos semejantes. *Pero los principios sobre los cuales se asienta el derecho social de castigar prohiben al juez aplicar la ley penal extensivamente ó por analogía, es decir, á casos que no estén comprendidos en sus términos*, y AUN CUANDO LO ESTÉN EN SU MOTIVO, SEA CUAL SEA LA SEMEJANZA DEL HECHO SOBRE EL QUE LA LEY NADA DICE CON AQUELLOS OTROS QUE HA PREVISTO, Y AUN CUANDO CONSTE QUE EL LEGISLADOR LO HA PASADO EN SILENCIO POR OLVIDO Ó POR ERROR» (ob. cit., págs. 98 101). ¡No puede darse á entender con más claridad que, en materias penales, con tal de dejar á salvo el principio *pro reo*, pueden y deben los jueces cometer *á sabiendas* injusticias y prescindir de las prescripciones de la razón, y de los eternos, inmutables é inviolables principios de lo justo!

(3) ¡Cuan cierto es que todo sistema erróneo no puede menos de ser contradictorio consigo mismo! La teoría penal de los autores que consideran la pena como un mal está por doquiera plagada de aseveraciones incompatibles unas con otras, de principios que no se hermanan; y ora se acude á éste, ora á aquél, nunca al mismo, para justificar las varias partes del sistema.

Digitized by Google

«Si la legislación penal existente fuere incompleta—escribe Haus (1),—corresponde al legislador completarla por medio de una nueva ley; no corresponde al juez colmar las lagunas, mediante una aplicación analógica. *Sin embargo, las leyes que se refieren á las causas de justificación, á las excusas y á las circunstancias atenuantes deben recibir una aplicación extensiva* EN FAVOR DEL PROCESADO Ó ACUSADO, *cuando su motivo abarque más que sus términos.*» «Por analogía, *no puede extenderse* la pena de caso á caso; por analogía, *debe extenderse* de caso á caso la excusa» (2). ¿Puede darse doctrina más inconsistente y acomodaticia?

77. Solamente los correccionalistas, los cuales, como es sabido, consideran la pena como un bien, como un medio de tutela y de corrección del culpable (3), son quienes han comenzado á reaccionar contra la idea de que la administración de justicia penal sea una cosa odiosa, y quienes, en tal sentido, han empezadó á estimar como posible, y hasta necesario, el uso de la interpretación extensiva y de la analógica (4). «Röder (*Filosofía del derecho*, I, § 6) incluye la analogía en la interpretación... En otro lugar (*Respuesta á varias consultas sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*, ms. inédito), se pronuncia terminantemente el ilustre profesor en pro de la aplicación de la analogía en materia criminal... «Desde hace algún tiempo... se ha venido al cabo ensanchando la esfera del prudente arbitrio de los jueces..., al permitirles, por ejemplo, elegir la pena entre un máximum y un mínimum, previamente establecidos... Pero esta y otras pequeñas concesiones... serán insuficien-

(1) Loc. cit.

(2) Carrara, loc. cit.

(3) V. por todos Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho, passim*, y págs. 382 y sigs.—V. también mi artículo *I correzionalisti spagnuoli e la scuola positiva*, en la revista *La Scuola positiva*, t. IV, 1894, págs. 159 y sigs.

(4) Ellos son también quienes, con más insistencia, y de un modo más reflexivo y orgánico, han reclamado la necesidad de que, en materias penales, se introduzca el arbitrio judicial—sin el que la interpretación analógica es imposible,—contra el aforismo *nullum crimen, nulla pœna sine lege*.

Digitized by Google

tes... El verdadero derecho exige... que pueda el tribunal juzgar *ex æquo et bono* y por analogía, según también pensaban los romanos (1) y la *Constitutio criminalis Carolina,* de Car-

(1) En Roma, para que un acto constituyera delito, no era necesario que estuviera contenido en una ley penal anterior. «Este es un concepto enteramente moderno. En la *punitio extra ordinem,* se castigaban muchas veces actos malvados y perturbadores del orden social, *aun cuando no estuvieran previstos por ley penal alguna.* Con lo cual se armoniza muy bien el que en Roma se admitiera la *interpretación analógica de las leyes punitivas* (cfr. *Dig.* 48, 4, 7, § 3: Vangerow, *Pandeckten,* I, § 25, pág. 56); los modernos, pues, excluyen sin razón la interpretación extensiva, á causa de la confusión que hoy reina sobre la verdadera naturaleza y sobre las funciones de la interpretación.» (*Diritto penale romano,* por C. Ferrini, en el *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale,* que se publica en Italia bajo la dirección de P. Cogliolo, t. I, parte primera, pág. 26.) Tissot, imbuído en las ideas de la época, consideraba como «un vicio en la legislación romana el de agrupar, por una analogía con frecuencia poco escrupulosa, fundada en las apariencias, los delitos no previstos por la ley con otros contra los cuales se habían sancionado penas: por ejemplo, el robo sacrílego con el parricidio, la prevaricación de los jueces con el envenenamiento y el asesinato». (Tissot, *El derecho penal estudiado en sus principios,* etc., trad. española de Ortega García, Madrid, 1880, t. III, pág. 288.) Mas, sea cualquiera el juicio que del hecho se forme, lo cierto es que el hecho existió. «Aun después de las Doce Tablas, aun después de todas las sentencias, aun después de la compilación del *Corpus juris,* antes bien en esta misma compilación, se admitía la analogía y la interpretación extensiva de las leyes penales, según puede deducirse de varios fragmentos, como la L. 12, D. *De legib.;* la L. 6, D. *De verbor. signif.;* la L. 32, § 1, D. *De leg.,* etc.» (De Bonis, *Il diritto penale italiano nelle due scuole predominanti,* Roma, 1893, cap. XIII, págs. 179-80.) La interpretación extensiva y la analógica han existido en otros sitios también. «Los emperadores de la China, en su Código penal, mandan juzgar por analogía las especies que no hayan sido previstas por la ley.» (*Código penal de la China,* t. I, p. 75; Tissot, ob. cit., III, págs. 283-84, nota.) «Á pesar de la capitular de Carlo Magno, de 802, en la cual decía: *judices secundum legem judicent;* á pesar del art. 104 de la Constitución criminal Carolina, hasta la mitad del siglo XVIII puede decirse que estuvo admitida la interpretación extensiva.» (De Bonis, l. c.) En nuestra legislación antigua (anterior á los Códigos publicados en este siglo) estaba también admitida la interpretación extensiva, según doctrina de los autores, los cuales opinaban que «las leyes penales admiten la interpretación extensiva en los casos de *igual* ó *mayor* gravedad, porque el legislador no puede prever ni especificar todos; y esto parece conforme á la regla 36, tít. 34,

Digitized by Google

los V» (1). Giner, por su parte, también reclama la necesidad del arbitrio judicial y de la interpretación analógica en el derecho penal (2). Y lo mismo parece que piensan otros correccionalistas (3).

P. 7». (García Goyena, ob. cit., I, sección 1.ª, pag. 30.) En este siglo, y sobre todo después de publicado el Código de 1848, los comentaristas del mismo y los escritores de materias penales, siguiendo la corriente de los tiempos, han solido proscribir (en principio, por lo menos, pues, de hecho, ha ocurrido otra cosa, como después se indicará) toda interpretación extensiva y analógica.

(1) Giner, *nota* en la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, trad. esp., I, páginas 128-129.

(2) *Nota*, en la *Encicl. jur.*, de Ahrens, I, pág. 131, y *Resumen de filosofía del derecho*, págs. 211-212.

(3) Sólo esta explicación puede darse á la siguiente indicación de Aramburu: «La máxima corriente de que la interpretación ha de ser *de continua restrictiva* y *que toda duda ha de resolverse por la benignidad*, procede en mucha parte de dos cosas, *que en buena doctrina y en los tiempos que alcansamos han perdido su valor:* de considerar la pena como un *mal* y del *temor* á los excesos de poderes arbitrarios.» (*Notas* á la trad. esp. de los *Elementos de Derecho penal*, de Pessina, t. I, pág. 124.) Sin embargo, en *La Nueva Ciencia penal*, de este autor (Madrid, 1887, pág. 269), hay una frase de la cual puede inferirse que Aramburu no admite el arbitrio judicial, cosa incompatible (la no admisión) con la necesidad de la interpretación extensiva y analógica y con todo el sentido del correccionalismo (la pena, como un bien). Tampoco Romero Girón, otro correccionalista, muestra simpatías por el arbitrio judicial. (V. su *Prólogo* á la ley del Jurado, editada por el *Centro editorial de Góngora*, 1888, págs. 17-18.) Esta contradicción (real ó aparente) en que incurren dos correccionalistas tan avisados como los de que se trata, me parece á mí que tiene su explicación en estos dos hechos: 1.°, que lo que ellos combaten es el arbitrio judicial concedido á los jueces que hoy se estilan, arbitrio que se les presenta como muy peligroso; 2.°, que no habiendo podido sacudirse de todo el bagaje de concepciones tradicionales, las cuales tienen por base la idea de la función penal como cosa mala y odiosa, antes bien pagándoles grandísimo tributo, no son tan correccionalistas como debieran y como en el fondo desean ser; su afirmación de que la pena es un *bien* y un *derecho* del delincuente mismo, creo yo que no es lo que inspira todas las partes de sus sistemas penales, sino que más bien es una tesis abstracta y esporádica, que no se compagina con el resto de la doctrina. Donde el correccionalismo es perfectamente orgánico, es en los trabajos de D. Francisco Giner.

Digitized by Google

Es más: pasado el momento de los abusos interpretativos y de los peligros que los mismos traían consigo (1), se ha ido volviendo poco á poco á dar á los tribunales facultades de que antes se les quiso privar y á autorizarles por ley ó por práctica para interpretar *ex æquo et bono* las leyes, aun cuando sea con interpretación extensiva ó analógica (2). Es, pues, de esperar

---

(1) Es indudable que la negación á los jueces penales de la facultad de interpretar las leyes con interpretación extensiva y analógica ha representado y representa una reacción muy semejante, la misma podríamos decir, que representó el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contra el antiguo desmedido arbitrio judicial. «La facultad extensa de interpretar dió lugar en la Edad Media á aquel conjunto de interpretaciones contradictorias que hacía incierta la eficacia de las leyes.» (Pessina, ob. cit., pág. 122.) Y es claro, esta incertidumbre, combinada con la imposición de la pena como un mal, no podía menos de constituir un peligro serio para la libertad y los derechos de los ciudadanos; y por eso, los escritores más ilustres reaccionaron, con razón, contra tal peligro: «Bacon de Verulamio censuró esta manera de interpretar en materia penal, y Montesquieu, Beccaria, Portalis y Livingston impugnaron vigorosamente la interpretación extensiva.» (Pessina, loc. cit.) Entonces es cuando se resucitaron algunos aforismos del derecho romano, como los siguientes, de que tanto uso, y aun abuso, se ha hecho: *Interpretatione legum pœna molliendæ sunt potius quam asperandæ; in pœnis benignior est interpretatio facienda; in dubiis benignius interpretandum*; y se formularon otros nuevos, como aquellos de Bacon: *Non placet extendi leges pœnales, multo minus capitales ad delicta nova; optima lex quæ minimum arbitrii judici relinquit.*—Ahora, el peligro que antes ofrecía la interpretación extensiva, y el arbitrio judicial, que era su condición y base, no existe ya hoy, al menos con la fuerza que en épocas anteriores; por lo tanto, no hay motivo para proscribir «en los tiempos que alcanzamos» aquellas instituciones. (Véase el cap. I.)

(2) «Los códigos alemanes—dice Pessina (ob. cit., pág. 123)—admiten la interpretación extensiva y la analógica, dentro de los límites de la analogía legal, y es también criterio hoy dominante en Alemania el conceder al juez la facultad de interpretar con analogía legal, según aparece de las declaraciones de Thibaut, Marezoll, Berner y otros.» Cuanto á España, aparte de lo que más adelante (§ 82) decimos, y aparte de que nuestros tribunales, igual que los de otros países, no pueden menos de hacer uso de la extensión y de la analogía, tanto más cuanto más cultos sean, debe tenerse presente que el arbitrio judicial se autoriza, expresamente, en algunos casos (art. 581 del Código penal de 1870), implícitamente en muchísimos (artículos 1.°, 2.°,

Digitized by Google

que este movimiento continúe y que, á medida que penetre en la conciencia de las gentes ilustradas, primero, y en la de las indoctas después, la concepción de la función judicial penal como cosa útil para todos, incluso para el reo mismo y, por consiguiente, buena, se concederá á los órganos de la misma amplísimas atribuciones para interpretar las leyes (ó mejor, los hechos), y hasta se les obligará á hacer uso de la interpretación extensiva y analógica, al intento de que en cada caso se haga lo que la justicia (real, no abstracta) reclame, es decir, al intento de que á cada uno se le dé lo que le corresponda y necesite (*suum cuique*). Con la pena, como cosa *esencialmente mala*, como reacción brutal contra el reo, no cabe otra interpretación de las leyes que la interpretación restrictiva (mirando la cuestión desde el punto de vista del interés del reo); por el contrario, con la pena, como cosa *esencialmente buena*, como medio de tutela y protección para el individuo que con el delito ha dado muestras de su inferioridad, no solamente caben, sino que se requieren todas las demás formas de interpretación, y al juez no se le puede dar normas fijas é invariables de conducta; las únicas normas que debe tener presentes son las que le dicten su ilustración y su rectitud, que han de ser grandísimas. A medida, pues, que este último concepto vaya tomando cuerpo á expensas del primero, las preocupaciones que hoy mantienen en situación excepcional la teoría de la interpretación de las leyes penales irán desapareciendo, y en su lugar irá colocándose la nueva teoría, cuyo sentido no es, en suma, otro que el de aplicar á este orden las mismas reglas que deben regir en todos los demás órdenes del derecho.

78. El principio que más constantemente domina en la materia de interpretación de las leyes penales, según la teoría corriente, mejor diríamos, el único principio, el que todos los

---

3.°, 4.°, 8.°, 10 y la casi totalidad de los contenidos en el Código) y que la analogía (no ya la legal, sino cualquiera analogía) se admite en lo relativo á las circunstancias atenuantes (art. 9.°, núm. 8.°, Cód. pen.).

Digitized by Google

tratadistas admiten, es el de que aquéllas deben siempre interpretarse en beneficio del reo, y que en beneficio del reo deben resolverse todas las dudas que ocurran.

Miradas las cosas á simple vista, nada más natural que este principio. Siendo la pena, por su propia naturaleza, una institución perjudicial para aquel á quien se impone, cuando por cualquier motivo se ofrezcan dudas sobre la culpabilidad ó no culpabilidad de éste, sobre el mayor ó menor castigo de que debe hacérsele objeto, etc., parece lo más justo que se resuelvan en su favor, para no exponerse al riesgo de producirle un mal innecesario é inmerecido. Y esto nos parece tanto más justo, cuanto que, de no hacerlo así, nos exponemos á que, en nombre de un mal entendido interés social, los órganos del Estado opriman á los ciudadanos del mismo, más ó menos inocentes, y les hagan víctimas de sus desafueros. Bien cerca tenemos los tiempos en que así sucedía: no más allá de la Revolución francesa y de las garantías constitucionales que el individuo logró recabar mediante ella. Además, el mismo horror á los abusos cometidos en nombre de la justicia por los poderes de otros tiempos, hace que hoy esté ya muy arraigado en nosotros el sentimiento de la compasión y de la benevolencia hacia los delincuentes, y que nos parezca menos violento, menos repugnante, menos injusto, en suma, dejar de castigar á un reo, ó imponerle menor castigo del que *acaso* merezca, que exponernos á castigar, á causar un mal inútil, á quien no se haya hecho acreedor á él (1).

Concebida la administración de justicia penal como cosa perjudicial para el reo, y por consecuencia odiosa, pero al mismo tiempo como una institución que produce resultados

(1) El sentimiento de que en el texto se habla se ha venido arraigando en el corazón de las generaciones del presente siglo, especialmente por la eficacia de las predicaciones de la corriente humanitaria individualista, iniciada por Beccaria; pues desde entonces ha llegado á hacerse opinión general la de que la *humanidad* es inseparable de la *justicia* en el castigo de los delincuentes. (V. Pessina, ob. cit., pág. 87.)

Digitized by Google

beneficiosos para la colectividad, es claro que se nos presenta como un campo de lucha entre dos intereses opuestos, cada uno de los cuales gana tanto cuanto pierde el otro. Y como en los tiempos medioevales y anteriores á la Revolución francesa se exageró el interés social (el principio (1) *pro societate*), en los tiempos que siguieron á dicho acontecimiento, por la consabida ley del ritmo, que rige igualmente en la producción de los fenómenos sociales que en la de los naturales, se ha extremado el celo por el interés individual (el principio *pro reo)*; hasta el punto de que, si se procediera con lógica (2) y los tri-

(1) En esta época, «todo se consideraba lícito en nombre de la razón de Estado, cuando iba dirigido contra los perturbadores de la tranquilidad pública. La individualidad humana, al caer en el delito, ó al hacerse sospechosa de culpabilidad, atraía sobre sí todo el horror que el delito inspiraba: y si de las legislaciones penales draconiana y corneliana se dijo que estaban escritas con caracteres de sangre, no fueron menos feroces las instituciones penales del siglo XII al XVIII, para rechazar todo movimiento de la individualidad en el campo de la vida social. La ley penal era, pues, incierta, contradictoria, desigual, y dejaba impunes muchos hechos cuya apreciación dependía del arbitrio judicial, que, *sin freno de ninguna clase, produjo todo género de desórdenes*. El delito no era mirado desde el punto de vista de la justicia conculcada, sino del de los *intereses sociales*; de aquí el castigo severo de los delitos religiosos y la atrocidad de la ley Julia *de Majestate*, aplicada á muchos casos á que en su origen no se había referido; de aquí también el castigo de actos internos que ofenden la moral, penetrándose de este modo en las intimidades del pensamiento.» (Pessina, ob. cit., pág. 82.) Dado aquel estado de cosas, nada de extraño tiene que, al venir la reacción individualista, se exagerara del lado opuesto, y que, por odio á los abusos cometidos por los jueces, invocando la *salus populi*, llegara á impedírseles toda facultad interpretativa y discrecional, y á obligárseles, por humanidad, y aun por justicia, á que todas las dudas las resolviesen en beneficio del acusado.

(2) La falta de lógica de los fautores y defensores de los sistemas penales actuales, en la materia de que se trata, nos parece que resulta de lo anteriormente expuesto y aun de lo que después decimos. Por lo demás, ellos mismos la confiesan algunas veces. Nuestra ley de Enjuiciamiento criminal vigente, no obstante que pretende ser «un Código de carácter tan liberal *(a)* y pro-

(a) Entre las concepciones equivocadas que la corriente individualista y de la escuela del derecho natural ha traído consigo, está la de creer que el

Digitized by Google

bunales atemperasen sus fallos á las prescripciones de la doctrina que los tratadistas exponen y ellos aceptan, y en muchas ocasiones no las dejaran á un lado para dar satisfacción preci-

---

gresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo» (véase *Exposición de motivos* de la misma), y no obstante ser, en efecto, de las que más concesiones hacen al sistema acusatorio, reconoce su falta de lógica declarando que «es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado» (igualdad que es la condición *sine qua non* del verdadero sistema acusatorio), declarando que la publicidad del sumario (requisito también del sistema acusatorio) «no puede considerársela hasta ahora más que como un *ideal* de la ciencia» y declarando que, hoy por hoy, el legislador no puede «*echarse en brazos de la lógica y llegar hasta el último límite del sistema acusatorio*» (*Exposición de motivos* citada); preceptuando que cuando el Ministerio fiscal «no haya sabido, ó querido, calificar el delito con arreglo á su naturaleza y á las prescripciones del Código penal», el tribunal haya de dictar desde luego fallo absolutorio. El legislador se encontró aquí con las dos fuerzas *opuestas* que representan el interés del reo y el de la sociedad; y siéndole imposible seguir enteramente la dirección de la una ni la de la otra, tuvo forzosamente, como todos los que se colocan en su posición, que tomar la diagonal, y por tanto, tuvo que ser ilógico.

---

sistema de enjuiciar que hoy domina en lo penal, con el procedimiento acusatorio y el Jurado, es un sistema con el cual se garantizan los derechos y libertades del ciudadano, y que, por lo mismo, representa un progreso con relación al sistema anterior, ó inquisitivo. El punto de vista político y constitucional ha sido, puede decirse, el único en el cual se han hecho fuertes los defensores de tales instituciones: hoy mismo, el argumento de más empuje que emplean es el de que son instituciones *liberales* y que ponen á cubierto de ataques injustificados la seguridad y libertad del ciudadano. (V. por todos nuestro Aramburu, *La nueva ciencia penal*, Madrid, 1887, conferencia quinta.) Ahora, esta concepción, que se explica muy bien, históricamente, y que hasta no habría inconveniente en admitir que *históricamente* ha producido resultados beneficiosos, no tiene ya hoy razón de ser, y poco á poco ha de ir siendo rectificada por la ciencia, en armonía con las nuevas necesidades sociales: poco á poco ha de ir dejando lugar el sistema acusatorio al inquisitivo público, y el tribunal de hecho incompetente y formado al azar, al tribunal de hecho constituído por personas educadas en el estudio constante de la realidad. (Véase lo que dejamos dicho más atrás.)

Si la pena es un bien (como Aramburu declara varias veces), y si «las razones históricas que mantenían antes la idea de favorecer *á todo trance* la causa del delincuente han desaparecido en la actualidad» (como el propio Aramburu confiesa también, ob. cit., pág. 298), es claro que las instituciones que en tales motivos se apoyaban deben desaparecer asimismo.

Digitized by Google

samente al tan temido interés social, bien podría decirse que la administración de justicia criminal era de todo punto inútil (1). El interés del reo, dado el punto de vista de las teorías corrientes, consiste en librarse de toda pena; por tanto, si este interés es el que debe servir de criterio para el ejercicio del magisterio penal y para la interpretación de las correspondientes leyes, lo acertado sería suprimir de raíz éstas y aquél. Si no se hace, es á costa de la lógica, aunque, por otra parte, sea en beneficio del orden, esto es, de lo que en cada momento se estima como derecho (orden jurídico) (2).

---

(1) «La moderna ciencia penal (ha dicho un estadista eminente) tiene el vicio de preferir la tutela del individuo á la tutela social» (Carrara, ob. cit., t. II, prólogo, págs. 43 44.)

(2) La posición de los autores (y son casi todos, como también todos los códigos hoy vigentes) que, considerando la pena como un mal, pero como un mal que sirve para conservar el orden social, para restaurar el derecho perturbado por el delincuente, estiman que la aplicación de la misma debe hacerse con espíritu de benignidad para con éste, sin mermar en nada los *derechos* que integran su personalidad, y que las leyes penales han de ser siempre interpretadas en su favor, es una posición, á nuestro entender, dificilísima. Para ellos, en la administración de justicia penal entran en juego dos elementos antitéticos (de donde el carácter de *lucha* que la misma reviste): la sociedad y el individuo. A la primera, le interesa castigar al reo, por motivos varios (bien para dar satisfaccion á la justicia ofendida, bien para restaurar el derecho violado, bien para conservar el orden por la intimidación, la ejemplaridad, etc.); al reo, le interesa sustraerse al castigo, valiéndose de todos los medios de que al efecto pueda disponer, sean más ó menos lícitos. Una combinación armónica es aquí imposible: un punto medio, en que converjan los dos encontrados intereses y que represente el respeto recíproco de los mismos, no existe. De donde resulta que la contienda entre ellos será permanente, y que unas veces predominará el primero y otras, el segundo. Los escritores de materias penales del presente siglo, y todos los de la corriente llamada clásica (con excepción, en parte, de los correccionalistas), se han puesto del lado del reo; y de aquí sus teorías de que los jueces no pueden penar ni procesar, sino conforme á la ley; de que la interpretación debe hacerse en beneficio del reo; de que en favor de éste se haya introducido el procedimiento acusatorio, el juicio oral y público, la presunción de inocencia, etc., etc.: en suma, de aquí las teorías que han dado por resultado todo el

Digitized by Google

79. Ahora, dando por supuesto que, en caso de duda, las leyes penales deban interpretarse en beneficio del acusado (1), forzoso es que los jueces se hagan esta pregunta: ¿y qué es lo que favorece al acusado? ¿Es la ley la que deberá determinarlo *a priori*, para todos los casos y para todos los procesados, ó esta determinación será obra de los tribunales con respecto á cada caso y á cada procesado; por tanto, será también materia de interpretación? El interés del procesado, se dirá, consiste siempre en librarse de la pena. Pero esto, que dicho de una manera abstracta parece verdad, no aparece tan claro, cuando uno pára su atención en los casos concretos. ¿Quién ha de ser el juez de lo que al reo le conviene? ¿El reo mismo? En este caso no puede haber más tribunal que el del mismo procesado, y él será siempre quien deba decir si es mejor someterse á la pena ó librarse de ella (2). ¿El juzgador? Entonces es necesario

conjunto de disposiciones sustantivas y adjetivas que Garofalo ha llamado «leyes protectoras del criminal»; sin embargo, no se atreven á sacar todas las naturales consecuencias de aquéllas, porque, de hacerlo así, tendrían que abandonar por completo el interés social y dejar la conservación de lo que llaman «el orden» á merced de los delincuentes. Por eso, olvidándose de su ídolo, el individuo, lo sacrifican á menudo, á veces aun innecesariamente, en aras del interés social. (V. el citado artículo *Bosquejo de una reforma en la organización de tribunales*, etc.)

(1) Lo cual, repetimos, no es siempre exacto, ni aun para los defensores del actual sistema penal. (V. el § 82.)

(2) En realidad de verdad, así debiera ser en el sistema que considera á la pena como un mal, objetivamente. Si, por un lado, la pena es esencialmente un mal, ó sea, algo que no puede ser *nunca útil* al que la sufre, sino que *siempre* ha de serle *perjudicial*; y si, por otro, no puede en justicia hacerse mal á nadie por el mero placer de hacérselo, mucho menos contra su voluntad, claro es que nadie más que el reo mismo tiene derecho á declarar si quiere ó no someterse á la pena. En esto es en lo que pueden fundarse ciertos tratadistas y algunas legislaciones (como las leyes constitucionales de Suecia y Noruega) para reconocer á los delincuentes de un modo expreso el derecho de renunciar á las gracias, indultos, etc., que se les concedan. (V. Ludovico Mortara, *Il diritto di amnistia e il Parlamento*, en *La Riforma sociale*, t. III, 1895, pág. 394.) En el sistema de la pena como un bien (objetivamente), esto es, como algo útil para el reo mismo, aun cuando él la considere

Digitized by Google

que éste estudie cada caso particular y cada procesado, y en vista de ello, declare lo que á cada uno le conviene. Por ejemplo: ¿á todos los delincuentes les será favorable el hecho de sustraerse á la pena? ¿No habrá algunos á quienes les convenga precisamente el someterse á ella? Cuando se trate de casos dudosos relativos á las llamadas circunstancias eximentes ó atenuantes, ¿qué es lo que le será favorable al procesado? ¿Le favorecerá el ser declarado (en caso de duda) imbécil ó loco, ó el declararlo cuerdo, y por consiguiente responsable? (1).

Y esto, aun sin salir del sistema penal reinante, donde la pena se estima como castigo y reacción *(quia peccatum)*; pues en un sistema racional de penalidad, en que la pena sea un medio puramente preventivo (2), el interés del reo estará precisamente en que se le someta á tratamiento penal (3).

---

como un dolor, como un mal (subjetivo), ya es otra cosa: en este sistema, puede obligarse al reo á que sufra la pena para su propio bien; lo mismo que en otras esferas se obliga al enfermo, por su propio bien, y aunque él lo repugne y lo considere como un mal, á someterse á las prescripciones de la medicina, y al menor, al pródigo, al incapacitado, etc., se les obliga á someterse á tutela, también en su propio beneficio, y aun cuando ellos lo repugnen.

(1) Hablando Carrara de la necesidad de que, cuando en la administración de justicia penal se trate de un caso de locura, el juez haya de deferir al juicio de los peritos, dice: «Si las opiniones de los peritos médicos se dividen respecto á alguna de tales cuestiones, y dichas opiniones son igualmente autorizadas por una y otra parte, el juez tranquilizará su conciencia *ateniéndose á la opinión más benigna.*» (Carrara, *Programma*, t. I, § 250, nota, pág. 243 de la edición citada.) Ahora, sobre que tal solución nos parece desacertada, porque lo racional no es seguir, *sin fundamento*, tal ó tal otra opinión, sino *suspender el juicio* hasta que haya nuevos datos para resolverse en uno ú otro sentido, cabe preguntar: ¿y cuál es la opinión que debe tener el juez como más benigna? Yo, por mi parte, declaro que no sabría decirlo con la facilidad que Carrara hace presumir.

(2) Véase Dorado, *Estudio crítico*, puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de Garofalo, y *Problemas jurídicos contemporáneos*, cap. I: *La responsabilidad por causa de delito y su difusión.*

(3) En el sistema á que nos referimos, en el cual, lo que se busca, no es el *castigo* del delincuente por el hecho *realizado*, sino la *remoción de las causas* de delincuencia que existan, para evitar que produzcan efectos en lo *futuro*, el

Digitized by Google

Cuando la función penal llegue á inspirarse en este espíritu—al cual va lentamente acercándose,—el individuo no tendrá nada que temer de los excesos de los jueces; antes bien, los jueces serán su mejor escudo y defensa; el interés del reo y el de la sociedad no serán antagónicos, como hoy, sino solidarios, y las leyes (caso de que existan y de que la interpretación haya de recaer sobre ellas) ó los hechos deberán ser interpretados, no *pro reo* Ó *pro societate*, como términos que se excluyen, sino á la vez *pro reo* Y *pro societate*, como términos que se exigen y completan.

80. Contra la máxima del *in dubio pro reo*, ó *in dubio absolvendum*, la cual ha tenido su razón histórica, según queda dicho, se ha comenzado también á reaccionar; y se ha comenzado á reaccionar, precisamente, cuando el fundamento de la misma—el temor á los abusos y extralimitaciones caprichosas de los jueces en perjuicio de los ciudadanos—ha venido á menos. Hubo un tiempo en que los tribunales del orden penal, á falta de pruebas en que apoyarse para condenar á los reos, es decir, no estando éstos convictos ni confesos, acudían al tormento, para arrancarles por fuerza la confesión. Á este sistema de prueba, por decirlo así arbitraria, sustituyó, aunque también coexistió con él, el de la prueba tasada por la ley, ó sea el de la *certeza legal*, que fué ya una conquista del individualismo. Cuando el hecho no resultaba probado, según las pruebas marcadas por la ley, no podía condenarse al delincuente, aun cuan-

---

interés del reo consiste en sufrir la pena, es decir, en que se le convierta, mediante la aplicación de ésta, en un individuo honrado y beneficioso para la sociedad, en vez de ser, como lo es antes de que la pena se le aplique, un individuo perjudicial, ó á lo menos peligroso. V. gr., el interés del reo estará en que, si es loco ó imbécil, hombre empedernido, vago, reincidente, borracho, irascible, etc., etc., se busque el remedio adecuado para reducir á la impotencia tales causas de criminalidad, aunque para ello sea preciso imponerle algún sufrimiento; como el interés del enfermo, del incapacitado, del menor, está en curarse y en convertirse en ciudadanos útiles á sí mismos y á los demás, aunque para ello tengan que sufrir las molestias de la medicina y de la tutela.

Digitized by Google

do hubiera indicios (1). Y al sistema de la prueba tasada ha sustituído el de la *certeza moral*, ó sea el de la *convicción íntima*, hoy vigente. Según este sistema, hijo también del individualismo, aunque en parte contradice al sistema penal derivado de éste (2), los jueces, sean togados, sean jurados, apreciarán las pruebas según las reglas de la sana crítica (3) y juzgarán con arreglo á su conciencia. Pero, cuando no se les ofrezcan pruebas ó motivos bastante fuertes para fallar en un sentido ni en otro, para declarar culpable ni inocente al acusado, entonces ha de inclinarse la justicia hacia la benignidad, esto es, se entenderá siempre lo más favorable á aquél. *In dubio pro reo.* Tal es el principio admitido en general por los autores y las legislaciones (4).

---

(1) Esto, sin embargo, no pasaba de ser una declaración teórica; en la práctica sucedía muy otra cosa. «En parte alguna—dice con razón Tarde—se paga más la gente de argumentos frívolos, ni se contenta con menos gastos en materia de demostración, que en las escuelas filosóficas que más se jactan de poseer la verdad *a priori* é indiscutible. *Jamás se ha condenado con tanta ligereza y con menos indicios que en los felices días de las pruebas legales, cuando el juez aparentaba no fiarse más que de la certeza absoluta, no susceptible de más ni de menos.*» (Tarde, *La Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, pág. 461.)

(2) Lo contradice, en cuanto introduce indirectamente el arbitrio judicial, tan odiado por dicho sistema.

(3) *Según las reglas de la crítica*, no por mera impresión ó sentimiento. Cuando los artículos 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal de 1882, vigente en España, y 72, párrafo segundo, y 84 de la ley del Jurado conceden á los magistrados y jurados la facultad de apreciar las pruebas y de fallar *según su conciencia*, lo que quieren es librarles de la antigua estricta obligación de la prueba legal; en modo alguno darles atribuciones para que juzguen de ligero y, por decirlo así, caprichosamente. Los juzgadores no estarán, según esto, encadenados por un precepto legal anterior que les fuerce á dar á las pruebas un valor determinado; mas sí deben estarlo por los preceptos de la ciencia, ó lo que es lo mismo, por la observación atenta, serena, desapasionada, de la realidad y por las inducciones que de esta observación se hayan sacado legítimamente. Ó para decirlo de otro modo: antes de dar su fallo los juzgadores según su conciencia, han de haber ilustrado ésta mediante la anterior interpretación de los hechos.

(4) Las leyes de Enjuiciamiento criminal, vigentes en los países cultos,

Digitized by Google

Ahora bien: ¿es razonable esto? Por de pronto, bien sabido es que la falta de pruebas procede muchas veces de la astucia de los mismos procesados, que las han hecho desaparecer. Y

---

están todas ellas saturadas de este espíritu, que se traduce en muchas de sus disposiciones. (Véase el contenido de estas leyes, por lo que al particular se refiere, en el art. de Ugo Conti, *L'intervento della difesa nell'istruttoria*, publicado en la *Rivista penale*, de Lucchini, t. XLI, 1895, p. 5 y sigs.). La nuestra, por ejemplo, además de contener en la *Exposición de motivos* que la precede —donde se muestra bien claramente cuál es el espíritu que la informa— declaraciones como éstas: que su propósito es «corregir los vicios del sistema tradicional de enjuiciar *y rodear al ciudadano de las garantías necesarias para que en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado*»; que la «para siempre proscrita *absolución de la instancia* era una CORRUPTELA, que hacía del ciudadano á quien el Estado no había podido convencer de culpable, una especie de *liberto* de por vida, verdadero *siervo de la curia*, marcado con el estigma del deshonor»; que «la nueva ley tiene un *espíritu favorable* á los *sagrados fueros de la defensa*», y otras semejantes..., prohíbe á los tribunales «practicar otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni examinar otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas» (art. 728) *(a)*; les prohíbe resolver otras cuestiones que las que hayan sido objeto del juicio, esto es, les prohíbe fallar sobre hechos que, aun siendo punibles, no hayan sido objeto de acusación ni controversia (art. 742); dispone que, en caso de empate, en las votaciones del Jurado, se entienda votada la inculpabilidad, la exclusión de circunstancias agravantes y la admisión de las atenuantes ó eximentes (art. 85 de la ley del Jurado); concede á los procesados, en varias ocasiones, el derecho de *elegir* la forma de procedimiento que les parezca más favorable (art. 65 de la ley del Jurado, 655 de la ley de Enjuiciamiento criminal y otros; véase también la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 1891, publicada en la *Gaceta* de 15 de Diciembre de 1892; véase *Revista de Legislación y Jurisprudencia* t. 82, 1893, págs. 140-41); prohíbe á los tribunales formular ellos el acta de acusación, considerando que este derecho corresponde únicamente al Ministerio fiscal ó al acusador particular, y que aquéllos deben ceñirse al ejercicio de la atribución de fallar, ó lo que es lo mismo, que los tribunales penales no pueden condenar cuando no haya acusación. *(Exposición de motivos* de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente; art. 69 de la ley del Jurado, etc., etc.) Res-

---

(a) Aun cuando tuvieren certeza ó probabilidad de conseguir el esclarecimiento de la verdad por otros medios que los indicados por las *partes;* es decir, aun cuando tengan conciencia de que van á faltar á la justicia (!).

Digitized by Google

entonces, la absolución de aquéllos por carencia de pruebas precisas, no obstante la convicción moral de su delincuencia, además de ser injusta, se convierte en motivo de escándalo y

---

pecto de este último punto, ó sea de la posibilidad ó imposibilidad en los tribunales españoles del orden penal para condenar á un procesado cuando no hubiera habido acusación, se venían ofreciendo dudas, motivadas por la interpretación distinta que se daba al art. 733 de la ley de Enjuiciamiento criminal; pero el Tribunal Supremo viene resolviendo en multitud de sentencias (á las cuales se presta gran autoridad entre nosotros, no obstante que se dice no ser fuente del derecho penal la jurisprudencia) que dicho art. 733 no faculta á los tribunales para condenar cuando no haya acusación (véanse al efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 13 y 14 de Enero, 15 de Febrero, 18 de Marzo, 7 de Abril, 20 de Junio y 14 y 18 de Noviembre de 1880; 7 y 31 de Enero, 17 de Febrero, 8 de Marzo, 6 de Abril y 30 de Junio de 1891; 11 y 21 de Enero, 23 de Marzo, 6, 25 y 29 de Abril, 4 de Mayo, 30 de Junio, 25 y 27 de Octubre de 1892; 24 de Enero y 28 de Marzo de 1894, y la circular dirigida en el mismo sentido por el Fiscal del Tribunal Supremo, en 30 de Marzo de 1894, á los representantes del Ministerio público: véase la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 82, 1893, págs. 142-146; t. 84, 1894, págs. 173-176, 387-391; t. 85, 1894, págs. 369-371). Las Audiencias de lo criminal venían, sin embargo, entendiendo de otra manera el referido art. 733, más en armonía, á lo que parece, con el propósito que al dictarlo tuvo el legislador. (V. la citada *Exposición de motivos* de la ley, y Gonzáles del Alba, en la *Revista de Legislación*, t. 82, 1893, págs. 142-46).)

En las leyes de otros países, responden al consabido principio *pro reo* disposiciones análogas á las de nuestro derecho positivo, y además algunas que nosotros no tenemos, por carecer en lo criminal de la pluralidad de instancias: tal ocurre con la prohibición de la *reformatio in pejus*, ó sea la prohibición impuesta al tribunal de orden superior de empeorar la situación del procesado, cuando ante aquél se hubiere apelado ó recurrido de la sentencia del inferior. En la legislación italiana se prohibe tal *reformatio in pejus*, cuando la apelación ó recurso lo hubiese interpuesto solamente el procesado, y hay algunos que sostienen que al Ministerio público no debía concedérsele la facultad de apelar. (V. Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 607.) Igual sucede según la ley alemana de procedimiento criminal. (V. Brachvogel, *Admisibilidad de la «reformatio in pejus»*, artículo extractado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 84, 1894, págs. 195-200.) Nuestros antiguos prácticos resolvían estas cuestiones de distinto modo á como hoy se resuelven. (V. García Goyena, obra citada I., p. 30.)

Otras tantas manifestaciones del principio *pro reo* son: la prohibición de

Digitized by Google

alarma para las gentes honradas (1). «Porque siempre ó casi siempre que se nos presenta ante los ojos un acusado absuelto por insuficiencia de pruebas, nos inclinamos á creer que se

---

volver á abrir los procesos penales, cuando en ellos haya recaído sentencia absolutoria, ó hayan sido sobreseídos libremente; la frecuencia con que se casan las sentencias penales de las Audiencias, cuando hay en el proceso el menor defecto, ó cuando se puede de algún modo favorecer á los condenados en ellas; el frecuente uso de los indultos, aun sin haber motivo para ellos; de las amnistías, etc., etc.

A tal extremo se ha querido llevar algunas veces el principio *pro reo*, que ha habido proyecto de Código penal en que se disponía que, cuando un individuo fuera sorprendido en el momento de realizar una tentativa de delito y no se supiera cuál de varios delitos se proponía cometer, debía presumirse que trataba de cometer el menor. (V. Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 598.)

(1) Cada cual puede recordar algún caso de estos de que haya sido testigo, porque abundan bastante. Carnevale cita el siguiente, que reproducimos como ejemplo, tomándolo de un país extranjero, para que nadie se sienta molestado en el nuestro; pero en la seguridad de que en España hay infinidad de copias del mismo: En el mes de Julio de 1898 compareció ante la Audiencia de Bastía el famoso bandido Bellacoscia. «El cual, en su larga carrera (que comienza en 1848), había ejecutado varios delitos de sangre y se había convertido, por el terror, en dueño de la montaña de Boccagnano, por lo que había incurrido en cuatro condenas á la pena de muerte y en una á trabajos forzados á perpetuidad. Después de esto, el 9 de Enero de 1890 intentó matar á cinco guardias civiles, contra quienes disparó cinco tiros de fusil. Unicamente tenía que responder de este último delito, porque respecto de los otros, le amparaba el beneficio de la prescripción. El éxito fué el siguiente, según lo cuentan los diarios políticos: «Bellacoscia negó todas las muertes »que le atribuían los guardias civiles y los testigos de cargo. El fiscal se de»claró dudoso en las conclusiones, *por falta de pruebas precisas*. El Jurado lo ab»solvió, *en medio de los aplausos del público*» (*a*). «Ahora bien, prosigue Carnevale: puesto que aquellos aplausos no representan otra cosa que la acostumbrada morbosidad del público, acaso acrecentada por especiales condiciones de lugar y de civilización, supongamos que nos hubiésemos encontrado en medio de algunos individuos que no tomaron participación en tales aplausos, triste-

---

(*a*) Y el abogado defensor—añadimos nosotros—consideraría este resultado como una de sus mayores y más legítimas *victorias* (!). ¡Esto es lo que llamamos justicia!

Digitized by Google

salva por haber tenido habilidad, por haber realizado su delito de tal suerte que sea imposible ponerlo completamente en claro. ... Si se quiere, podemos ser generosos y conceder aun el extremo opuesto, ó sea que, de cien casos, en ochenta se cree en la inocencia y en veinte en la habilidad del reo. El efecto perniciosísimo será siempre uno: que en el público se insinúe y se difunda la opinión de que el Código penal es una red en que solamente caen los ingenuos, los pobres de espíritu, y de que se libran obstinada y socarronamente los más astutos y audaces» (1).

En segundo lugar, cuando en la administración de justicia penal surjan verdaderas dudas, es decir, cuando se hayan apurado todos los medios de poner en claro el hecho delictuoso y su autor (2), sin haberlo conseguido, pero sin haber tampoco

---

mente pensativos por lo que oian y veían, y procuremos explicar sus pensamientos.

»Seguramente, ninguno pedía que Bellacoscia fuese condenado, en la duda, como en compensación de aquellos otros delitos con respecto á los cuales le amparaba la prescripción; nadie quería privarle de las garantías judiciales concedidas á todo ciudadano. Pero, ¿era para dejar tranquilos y satisfechos, el saber que pocas horas después la sociedad habría recibido en su seno, sin la menor precaución, á este *peligroso* (*a*) enemigo, que por tantos años había estado en guerra abierta con ella? Y ya que por el más reciente de sus delitos, en que faltó la prueba plena, era siempre punible, ¿no era por lo menos deseable una *suspensión del juicio*, que permitiera apurar más y más la verdad, y en tanto refrenase las malas tendencias del bandido? Admitimos que podía ser inocente del hecho que se le imputaba, pero también podía ser reo del mismo. Y si esto es cierto, la moraleja de la fábula resulta ser la siguiente: que es necesaria la audacia, que es necesario saber ser asesino, para asegurarse la impunidad.» (Carnevale, *Il giudizio criminale dal punto di vista dell' esempio*, Catania, 1898, págs. 34-35.)

(1) Carnevale, *Il giudizio criminale*, etc., págs. 35-36.

(2) Hablamos en la hipótesis de la administración de justicia penal, tal como hoy se concibe y se realiza, que es de lo que ahora se trata.

(*a*) El peligro: he aquí el verdadero criterio de punibilidad, el que siempre se halla en el fondo de toda pena, y á veces sale á la superficie. (Véase el artículo citado *A propósito de la causa de Varela* y los citados *Estudio crítico* y *La responsabilidad por causa de delito y su difusión.*)

Digitized by Google

adquirido la convicción de que la imputación es infundada, lo acertado y prudente parece que los jueces se conduzcan aquí del modo como se conducen los hombres en casos análogos: suspendiendo el juicio, hasta tanto que haya más datos, y procurando continuar en su recolección. ¿No obran los hombres en la vida muchas veces por meras probabilidades? ¿Pues por qué no han de obrar también aquí? ¿O es que los indicios (que son los que aquí fundan la probabilidad) no significan nada, mucho más, cuando concurren varios de ellos, ó cuando son de los llamados vehementes?

«En la vida social—dice con mucha razón Carnevale, que se ha ocupado exprofeso de esta cuestión (1), y cuyas observaciones creemos que merecen ser conocidas—la duda significa ya algo, y significa mucho, cuando es tan grave que se llama *probabilidad*. Pocas veces obra el hombre en virtud de resultados ciertos, porque pocas veces son éstos como tales previsibles; sino que se contenta con esperanzas más ó menos razonables y fundadas. En la lógica pura, decimos: dada tal causa, resulta tal efecto; en la lógica de los acontecimientos humanos, es difícil sentar la primera proposición, porque no se conoce cuántas son las causas que obran en un determinado momento.

»Pero contraigámonos á nuestro propio campo.

»A Fulano se le ha imputado un homicidio. En la ciudad, dada su vida y conducta, dadas sus tendencias hereditarias, dadas sus relaciones con el muerto, dadas otras muchas circunstancias, algunos se inclinaban á creer que la imputación fuese verdadera; otros lo dudaban. El acusado, en tanto, ha sido absuelto. Pero sus conciudadanos, bien por los periódicos, que cuando se trata de delitos locales se leen con tanto interés, sea por los testigos que vuelven del juicio oral, llegan á saber que en éste no hubo una prueba plena y convincente, y que por eso Fulano fué absuelto; pero que no obstante aparecieron in-

(1) En el opúsculo *Certezza e dubbio nel giudizio criminale*, Turin, 1892.

Digitized by Google

dicios graves. ¿Se cree que Fulano vuelva en medio de aquéllos puro y sin mancha? Jamás. Siempre se le mira con desconfianza, y se tiene mucho cuidado en no estrechar relaciones con él, estando uno más contento cuando puede pasarse sin entablarlas. La sociedad piensa con razón que la duda sobre la culpabilidad no puede dejarla tranquila, como la puede dejar la probada inocencia.

»Lo cual nos hace reflexionar si la fórmula *in dubio absolvendum* es tan ventajosa al imputado como siempre se ha creído. Cierto, que en favor de éste se ha empleado; cierto también, que el mismo procesado ve en ella un bien preferible á cualquiera otro, porque lo libra del mal cierto de la pena, de la cual no se demostró lo bastante que fuera merecedor, y hasta lo libra de toda nueva molestia. Pero no se ha mirado la cuestión bajo todos sus aspectos: pues no se ha tenido en cuenta que aquella fórmula encierra un mal, especialmente para el verdaderamente honrado, por cuanto lo coloca en el estado de desconfianza antes indicado, y no se le da modo de salir de él. Puede admitirse que lava la mancha legal, pero sólo descolora la social. Y el inconveniente debe aumentar en importancia (lo cual me parece digno de notarse) con el progreso de la moralidad, porque aquel estado de desconfianza resulta ser más penoso en sí, y hasta perjudica materialmente más á quien se encuentra en él» (1).

---

(1) Esto, aparte de ser una confirmación de lo que dejamos dicho antes (V. el § 79), muestra cómo la sociedad va poco á poco reaccionando contra el principio *pro reo*, y cómo en el fondo de tal reacción se observan estas tres cosas, en que los estudiosos deben fijarse para desarrollarlas y fundar sobre ellas el sistema penal del porvenir: 1.ª, que la función penal está establecida en la sociedad en beneficio de ésta, para su seguridad y tranquilidad, para que los miembros de la misma puedan desenvolver sus energías lícitas, sin ser perturbados en su ejercicio; 2.ª, que la función penal ha de tomar como objeto de sus cuidados el *peligro* que el sujeto delincuente ofrezca para lo porvenir, no el delito ya ejecutado; pues precisamente el peligro es lo que produce la intranquilidad, la desconfianza y la alarma en los buenos, cuando ha sido absuelto un sujeto en las condiciones de que en el texto se habla; 3.ª, que la forma

Digitized by Google

Todo esto se refiere á la consideración del principio *pro reo,* con respecto al imputado. Con respecto al juzgador, que es como ahora más nos interesa el problema, Carnevale estima irracional el *in dubio absolvendum*, y cree más puesto en razón el sistema romano del *non liquet*, que es el sistema de la *liberación in forma* del antiguo reino de Nápoles y el sistema conocido después con el nombre de *absolución de la instancia* (1).

«En el juicio, propiamente dicho, las situaciones de ánimo pueden ser *tres:* certeza de la culpabilidad, certeza de la inocencia, y duda; pero las soluciones que el magistrado puede adoptar (hoy) no son más que *dos:* condenar en el primer caso, ó absolver enteramente en el segundo y tercero; los cuales son desemejantes, es verdad, pero la ley manda que se tengan por equivalentes. ... Yo creo, por el contrario, que el juez, sea ciudadano, sea togado, debe expresar en la sentencia el estado de su ánimo, tal cual sea: él es el primero que desde su alto sitial debe inclinar la cabeza ante la verdad, con lo que dará un gran ejemplo y su voz resonará aun más augusta. Diga *condeno,* si está seguro de la culpabilidad; *absuelvo*, si está seguro de la inocencia; *no condeno*, ó *la prueba es imperfecta,* cuando tenga dudas. Esta es la fórmula exacta» (2).

---

adecuada para el ejercicio de tal función debe ser la de remoción de tal peligro, por todos los medios al propósito eficaces, ó sea la remoción de las *causas de futura* probable delincuencia.

(1) «En el antiguo reino de Nápoles había dos especies de absoluciones: una plena, correspondiente á la nuestra moderna, que se daba con la fórmula: *absolvatur tanquam innocens,* ó *absolvatur ex capite innocentiæ;* otra condicional, que se daba con la fórmula: *liberetur in forma,* la cual dejaba pendiente de nuevo juicio al imputado durante un plazo de dos años.»

(2) El mismo Carnevale cita pasajes de Beccaria, de Filangieri, de Pagano, de Tissot y de Ellero para mostrar cómo los más grandes filántropos y apóstoles de la reforma humanitaria del procedimiento penal han sido muy otra cosa que adversarios de la suspensión de los juicios en caso de duda.

Algunos otros criminalistas modernos han manifestado una opinión análoga á la de Carnevale en punto al principio *in dubio absolvendum*. «Si el buen sentido dice que quien se halla en duda no se resuelve ni *en pro* ni *en contra*,

Digitized by Google

81. Pero bueno es advertir que los defensores del principio referido, *in dubio absolvendum*, no han hecho más que avanzar un paso en la senda emprendida por sus antecesores, ó sea, proseguír el movimiento individualista; y que, dado el criterio que les sirve de guía, tienen mucha razón en oponerse á la reforma que se propone, por atentatoria á las libertades, derechos y garantías del individuo, conquistados á tanto precio. En esto no somos de la opinión de Carnevale. Dada la situación actual de las cosas y las ideas dominantes, todo el que considere la pena como un mal (1) y la administración de justicia penal como un peligro para la seguridad personal y para la libertad de los ciudadanos, debe ser más bien partidario del *in dubio absolvendum* que del *non liquet*. Esta posición es la

---

¿por qué razón en los tribunales ha de prevalecer el principio de que la duda sobre la delictuosidad implique la absolución? Cuando se duda, no se puede ni se debe condenar, pero tampoco se puede ni se debe afirmar la inocencia. El que duda sólo puede decir *non liquet*, y procedería ilógicamente si dijera: *absuelvo.*» (Cosenza, *Discorso inaugurale del Tribunale di S. Maria di Capua*, citado por Ferri, *Sociologia criminale*, pág. 603.) Ferri también propone que, en caso de duda, no se absuelva, sino que, como en Escocia sucede y sucedía en Roma, se declare el *no consta, no resulta probado, non liquet*. (Ob. cit., pág. 602.) Y Tarde propone la misma solución, añadiendo que «en principio, la exigencia de las pruebas debe crecer á medida que el delito sea más grave», pues «todo el mundo juzga, implícitamente, que la gravedad de una condena debe ser proporcionada, no ya tan sólo á la enormidad del delito ó al peligro de su repetición, sino también á la fuerza de convicción de la prueba». (*Philosophie pénale*, 2.ª ed., Lyon, 1891, págs. 461-464.) Por lo cual, dice que los juzgadores debieran expresar por medio de cifras, según ya lo propuso Bentham, el grado de su convicción, y según la suma de estas cifras resultara mayor ó menor, así sería mayor ó menor la pena. Ciertamente, como el mismo autor dice, en los asuntos que tocan á las ciencias sociales, no se da nunca la certeza absoluta, sino la probabilidad, y como esta probabilidad puede ser mayor ó menor, los jueces deberían poder expresarla. Además, el «punto de condenabilidad», de que el propio autor habla, es diferente de jueces á jueces, según sus temperamentos, sus humores, su cultura, etc., etc.: todo lo cual hace que, mientras unos resuelven la duda *pro reo*, otros la resuelven *contra reum*.

(1) Como al propio Carnevale le sucede. (V. su *Crítica penal*, trad. esp., *passim* y cap. III.)

Digitized by Google

más lógica, y lo sería enteramente si quienes la adoptan llevaran el principio hasta sus últimas consecuencias y pidieran, en lo tanto, la completa desaparición de la función judicial penal, por ser atentatoria á los derechos del individuo.

En cambio, la posición de aquellos que siguen, por un lado, estimando que la pena es un mal, y por otro, que hay necesidad de contener la corriente humanitaria y de reforzar la represión, anteponiendo y sobreponiendo el interés social al interés individual (1), ó á lo más buscando el *equilibrio* entre uno y otro (2), es una posición tan antipática como falsa é

---

(1) Esto es lo que demandan los penalistas de la escuela positiva italiana, para quienes «el individuo no representa más que una molécula de la sociedad, y *no puede hacer valer su derecho* cuando su conservación pondría en peligro la del organismo social» (Garofalo, *Criminología*, primera ed. italiana, pág. 50); «el mejor medio de reprimir los delitos es aquel que *basta* para el fin (para la conservación social), *sin miramiento alguno al grado de dolor que pueda sentir el individuo* (Id., pág. 254; véase también la traducción española de esta obra, tercera parte, caps. I y III); «discutir, á propósito del delincuente, sobre los derechos del *individuo*, es hablar fuera de lugar» (Fioretti, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bolonia, 1886, pág. 266; véase también Dorado, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, t. I, págs. 48-52, etc.)

(2) Este *equilibrio* es lo que vienen buscando todos los escritores y códigos de la escuela clásica; aquellos escritores y códigos que, no obstante considerar como una gran conquista del liberalismo el procedimiento criminal acusatorio *oral* y *público*, piden y establecen el sumario *escrito* y *secreto*, ó á lo sumo se atreven á llevar el sistema acusatorio al sumario «en cierta medida y dentro de ciertos límites» (*Exposición de motivos* de la ley de Enjuiciamiento criminal vigente en España). Este *equilibrio* es también lo que busca—aunque poniendo el centro de gravedad del mismo en sitio distinto (cuantitativa, no cualitativamente) que la escuela clásica—alguno de los más conocidos fautores de la escuela positiva, Ferri (V. su *Sociologia criminale*, páginas 596 y sigs.). Y este *equilibrio* es igualmente lo que buscan determinados escritores modernos, que quieren apartarse, lo mismo de las exageraciones de la escuela clásica antigua, que de las exageraciones de la escuela positiva antropológica; es decir, aquellos escritores que ocupan, por decirlo así, una posición intermedia y equidistante de ambos extremos, como Liszt (véase *Lehrbuch* citado, § 14, págs. 58 y sigs., y principalmente, pág. 62), Conti (*L'intervento della difesa nell'istruttoria*, en la *Rivista penale* citada, *passim*, y espe-

Digitized by Google

ilógica: antipática, porque se inclina del lado de la severidad, y aun de la crueldad, precisamente en un tiempo en que van aumentando de un modo prodigioso los sentimientos de benevolencia, de compasión, de caridad, de altruísmo, de simpatía, de solidaridad entre los hombres; falsa é ilógica, *a*) porque parte de la idea que los intereses de la sociedad y del delincuente son incompatibles y antitéticos, y que la defensa de la sociedad contra los que atenten á su conservación no puede menos de hacerse en *detrimento de los derechos del individuo* (1); *b)* porque quiere que se castigue, que se cause un daño, á quien *no lo merece*, por no haber sido dueño de su acción, por no haberla ejecutado con libertad de arbitrio (2).

---

cialmente, pág. 9), Marcy (*L'accusé devant la loi pénale de France*, lib. II, cap. I, págs. 152 y sigs.) y otros.

(1) Esta concepción de la defensa social, que es la de la escuela positiva italiana, nos parece muy primitiva y desacertada. La defensa en los seres inferiores (en los animales, en los niños, en los salvajes, en los pueblos atrasados), entre otros caracteres de que ahora no es el caso de hablar, ofrece el de verificarse de una manera brutal, rechazando la agresión del *enemigo*, ó el estorbo, sin preocuparse del daño que se le causa, y aun buscando el causárselo. Esta defensa supone dos entidades rivales, una frente á otra, y cada una de las cuales pierde ó gana tanto cuanto gana ó pierde la otra. Pero la defensa en los grados superiores de la humanidad se verifica, y debe verificarse ya, de un modo inteligente, que consiste: 1.°, en estudiar las causas de las agresiones, males y desaciertos, y los medios de neutralizar su acción para el porvenir; 2.°, en estimar solidarios los dos intereses, el del agresor y el agredido, juzgando que el mal que al primero pueda hacérsele, al rechazar brutalmente su agresión, refluye en perjuicio de la sociedad, la cual pierde con esto energías, y al contrario; 3.°, en juzgar que el medio verdaderamente eficaz de defensa consiste precisamente en la remoción de aquellas causas; y 4.°, en ver que con el empleo de tal procedimiento de defensa social, ésta, lejos de ser objeto de odio para el delincuente, *debe ser* objeto de estima (aunque subjetivamente no lo sea).—La pena, de este modo, resulta ser un *bien* y hasta un *derecho* del delincuente.

(2) A nuestro modo de ver, con la teoría del determinismo, que es la que aceptan los partidarios de la nueva escuela, es *intrínseca* y *absolutamente antitética* la teoría de la pena como castigo *(quia peccatum)*; y el imponerla con este carácter á quien no ha sido sino un instrumento de causas involunta-

Digitized by Google

Por el contrario, los que consideren la pena como una cosa buena, no sólo pueden, sino que están obligados á defender la reforma en cuestión. En efecto, en este sistema: 1.º No hay temor alguno de que los tribunales abusen de los ciudadanos y les impongan castigos *(males)*, á los que no se sabe si se han hecho acreedores, porque su misión no es reaccionar contra hechos ya acontecidos, sino impedir la comisión de futuros delitos: en tal concepto, su acción será una acción saludable y beneficiosa para todos, incluso para el propio reo; y en vez de inspirar recelos y desconfianzas—por lo que se deba *huir* de ella,—servirá como preciosa salvaguardia de los derechos y franquicias del ciudadano y como garantía del bienestar social (1), por lo que deberá ser muy *solicitada*. 2.º Siendo la pena un medio enteramente preventivo y tutelar, los encargados de aplicarla no darán nunca sentencias definitivas, sino providencias provisionales, rectificables á medida que las necesidades lo aconsejen, porque, debiendo el juez penal atajar las causas de delincuencia *futura*, *no puede saber de antemano*, *con perfecta seguridad*, cuáles son y serán éstas, ni las infinitas combinaciones que entre ellas pueden darse: por eso, sus juicios (2) no deberán tener el carácter de firmes, inapelables é irrectificables, sino, por el contrario, de probables, hipotéticos, provisionales y reformables. En tal sentido, los tribunales del orden penal, en el sistema de que ahora hablamos, cumplen una función de mera policía preventiva (3), y por consiguiente, su actitud debe ser, igual que la de toda policía, de

---

rias, á quien *no la merece*, es una verdadera crueldad, que no tiene defensa. Al contrario, dicha teoría determinista se armoniza perfectísimamente con la de la pena como un bien, como un tratamiento preventivo *(ne peccetur)*; y el hacer objeto de la misma al que, por su especial situación, *la necesita*, no sólo es permitido, sino que es *obligatorio*.

(1) V. los citados escritos: *Estudio crítico*, *La responsabilidad por causa de delito*, etc., y *Bosquejo de una reforma*, etc.

(2) Igual que el tratamiento de un médico prudente, el plan de conducta que traza un tutor, un educador, etc.

(3) Véase el cap. VII.

Digitized by Google

espectativa, de investigación de las fuentes de peligro, de adopción de los medios conducentes á evitar éste. De lo que resulta que, en vez de prohibir, cual hoy sucede, á los jueces penales el aplazar su juicio respecto de la delincuencia ó no delincuencia de un sujeto, obligándoles á absolverlo ó condenarlo por fuerza, parece más acertado prohibirles pronunciar nunca, de un modo definitivo, irreformable y con eficacia ejecutoria, sentencias de absolución ó condenación, y obligarles á dar, ó al menos esperar de ellos que den siempre providencias de *non liquet*, ó con carácter provisorio, y rectificables á medida que lo aconsejen las circunstancias y los nuevos datos que con el tiempo vayan adquiriendo.

De esta manera se evitaría la intranquilidad y la alarma que, según se ha dicho, producen en el ánimo de las personas honradas ciertas sentencias absolutorias fundadas en el principio *in dubio absolvendum* (1); se borraría la línea divisoria que

(1) «Hay sentencias absolutorias que, aunque justas desde el punto de vista de la máxima *in dubio pro reo*, escandalizan poco ó mucho al pueblo, cuando éste no ve claramente la prueba, pero presiente que se trata de un malhechor.» (Carnevale, *Certezza e dubbio*, etc., pág. 19, nota.) Esta afirmación, que es exacta, debiera haber inducido al autor á observar lo siguiente: 1.° Que la justicia legal anda por un lado y la justicia real por otro. Si la absolución fundada en el principio *pro reo* es justa, no puede ser justa la alarma que tal absolución provoca en el ánimo de los buenos; y al contrario. Y si se estiman justas ambas cosas, no hay más remedio que confesar que la justicia es contradictoria consigo misma. 2.° Que dicha absolución es justa desde el punto de vista de las ideas corrientes, según las cuales: *a)* la pena es un *mal*; *b)* que se impone al delincuente; *c)* como *reacción* por el delito *cometido (quia peccatum)*, no pudiendo imponerse cuando no ha habido delito; *d)* en virtud de *pruebas* que pongan en claro que el delincuente *merece* tal pena, es decir, que ha realizado el hecho, y lo ha realizado voluntariamente, con intención; *e)* por sentencia firme é irrevocable; *f)* por lo que, en caso de duda, no puede imponerse, y es mejor y más humano exponerse á dejar sin castigo á quien lo merece, que exponerse á castigar al que no lo merezca. 3.° Que si la absolución referida la consideran injusta los ciudadanos, es por el *peligro* que el sujeto delincuente ofrece; y que si ellos piden la pena, no es ya como *castigo* de un hecho *pasado* envuelto en tinieblas, sino como medio de *prevenirse* contra

Digitized by Google

hoy quiere establecerse—aunque no se consigue—entre derecho penal y policía correccional (1), y se haría desaparecer el extraño contraste que actualmente existe entre estas dos esferas, por virtud del cual se somete á la vigilancia de la policía, por peligroso, fiscalizando hasta sus menores movimientos, á un individuo á quien los tribunales del orden penal han declarado con toda solemnidad y definitivamente libre de culpa, y de quien no hay más motivos para sospechar, ni para tenerle por peligroso, de los que puede haber para tener por peligroso á cualquier otro ciudadano (2). Además, cuando se considera la pena como un medio preventivo y como un bien, los procesos (si este nombre pueden recibir) son susceptibles de reapertura y de rectificación continua, lo cual no puede hacerse cuando se estima que la pena es un mal y una reacción (3). En este último sistema, una vez pronunciada la sentencia de absolución por no haberse esclarecido suficientemente el hecho, es imposible volver á abrir el juicio, aun cuando más tarde se hayan presentado ó recogido datos bastantes sobre que fundar una sentencia condenatoria.

82. Se ha visto que, lo mismo en los escritores de materias

---

posibles atentados *futuros*. 4.° Que de esta manera se cambia el carácter de la pena y el criterio de su justicia: la pena es un medio enteramente *preventivo*, un medio de evitar delitos *futuros*, y su justicia dependerá de la mayor ó menor fuerza de las causas *peligrosas* y de la mayor ó menor necesidad de acudir á ella para removerlas ó atenuarlas. Invocar el *peligro* que el delincuente ofrezca, para castigarlo ó para suspender el juicio por un hecho *ya pasado*, nos parece un contrasentido, aunque explicable por la confusión y la amalgama de ideas contradictorias que hoy dominan en la materia penal.

(1) Véase el cap. VII.

(2) La tan discutida *pena* ó *medida* de sujeción á la vigilancia de la policía, que aun existe como tal pena en muchos países y que entre nosotros existe realmente también, aunque no se la llame pena, no tiene otra significación que ésta.

(3) A no ser cayendo en contradicción y entregando á los individuos al discrecional arbitrio de los jueces, cosa que los defensores de tal punto de vista consideran inadmisible.

Digitized by Google

penales que en los códigos, el principio supremo que se invoca para la interpretación de las leyes de carácter penal, el principio que sientan como inapelable, como definitivo recurso, es el *in dubio pro reo*. Ahora bien: preciso es que advirtamos que este principio no se respeta con la escrupulosidad que parecer pudiera, ni aun por los mismos que con más fuerza lo reclaman, sino que en buen número de ocasiones se prescinde de él, y no se le da otro valor que el de un axioma especulativo, sin eficacia real. Sobre todo en los tribunales, en la práctica de la administración de justicia (1), es frecuentísimo este hecho; y

(1) En la instrucción de los procesos, el principio *pro reo* se deja completamente á un lado, y hasta se niega la *igualdad*, que es condición esencial del sistema acusatorio. Esta igualdad se niega *de derecho*. Nuestra actual ley de Enjuiciamiento criminal dice, en su *Exposición de motivos*, que pretende establecer «la perfecta *igualdad de condiciones* entre el acusador y el acusado», porque «sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales»; mas poco después se vuelve atrás de lo prometido y afirma que «*es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento*»; y en efecto, no la establece, puesto que admite el sumario secreto, no dando intervención en él al procesado ni á su abogado, mientras que se la da (y directa) al fiscal, es decir, al representante de la otra parte contendiente, de la sociedad (art. 306). También se niega *de hecho* esta igualdad; pues, si bien es cierto que la ley manda que «todas las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuiden, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como *favorables* al presunto reo» (art. 2.°), también lo es que en los sumarios no se consigna nunca, ó muy rara vez, sino lo que se supone que ha de perjudicar al reo, y que seguimos en este punto con los mismos vicios de que se lamentaba el legislador en su *Exposición de motivos* (a) y que son los vicios que vie-

(a) «Los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu *receloso y hostil*, que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, *recogen con preferencia los datos adversos* al procesado, *descuidando* á las veces *consignar los que pueden favorecerle.*» De donde resulta «que, al compás que adelanta el sumario, *se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio, que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria á la realidad de los hechos* (bien se ve aquí la pugna entre la justicia *legal* y la *real*), y que cuando el procesado, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que *forcejear inútilmente, porque entra-*

Digitized by Google

lo es singularmente cuando se trata de delincuentes y de delitos que representan un peligro para lo que se llama el orden social, bien se trate de un orden social general (nacional, por

---

nen dominando en el procedimiento criminal de todas partes. «Basta entrar en un tribunal—dice Sorel (loc. cit., pág. 87)—para ver que al acusado se le trata por los magistrados *como un ser inferior, y que la presunción de criminal pesa sobre él.*» «Cuando á los magistrados se les pregunta acerca de estas cuestiones, contestan que la *necesidad social* es lo que domina el procedimiento; que hay que limpiar al país de los hombres peligrosos, y que el interesarse demasiado por estos personajes es dar prueba de una sensibilidad morbosa» (Id., pág. 36). «El juez instructor—dice un magistrado francés, M. Enrique Marcy (*L'accusé devant la loi pénale de France*, París, 1890, págs. 155 y sigs.)—está instituido para buscar la verdad en un proceso penal, para esforzarse por encontrarla por todos los medios legales posibles, y para recoger *tanto los testimonios y pruebas de cargo como los de descargo.* Tal es la senda claramente trazada; puede decirse que tal es la verdadera senda. ¿Se sigue siempre en la práctica en Francia? Digamos lealmente que no.» Los jueces, si bien recogen las pruebas que pueden excluir la culpabilidad—por ejemplo, la coartada—descuidan, aun con la mejor intención, otras pruebas accesorias. El interrogatorio, que en teoría está establecido en *favor* del procesado y con el fin de facilitarle los medios de poderse justificar, resulta en la práctica en perjuicio del mismo. Los jueces de instrucción, de quienes se exige lo que Jousse les exigía, á saber, *mucho arte, mucha destreza* y *mucha prudencia*, estos jueces, á pesar de la bondad de corazón que pueden tener, «se dejan ir inclinando, insensible é involuntariamente, poco á poco, por la pendiente, al final de la que encuentran, en sus severas funciones, como una

---

en el palenque ya vencido, ó por lo menos desarmado». Ahora, este estado de cosas, que la ley de 1882 se propuso modificar, continúa, con escasa variación, siendo el mismo: en primer lugar, porque el defecto que quería corregir es secular, y lo que durante siglos ha estado viviendo en la sociedad no se desarraiga en un día, aunque un legislador bien intencionado lo decrete; y en segundo lugar, porque la condición primera para tal reforma, como para cualquiera otra reforma social, era la reforma ó cambio del personal, cosa que no se ha hecho, sino que la aplicación de la nueva ley se encomendó á los mismos magistrados antiguos, quienes no podían desprenderse de los resabios que habían adquirido y que se habían hecho ya habituales en ellos. Es más: el personal que posteriormente ha ingresado en la magistratura sigue haciendo lo mismo que el anterior, en parte por la fuerza de la inercia mental y por la presión de un ambiente ya constituido, y en parte porque la educación que ha recibido en las escuelas, institutos y universidades no les consiente otra cosa.

Digitized by Google

ejemplo), bien de un orden social particular (v. gr., de la paz de una localidad). En estos casos, no se atiende más que al peligro presente y para el futuro, y se declara culpable al sujeto en razón de este peligro, no en razón del hecho realizado, como tal: es decir, se sobrepone al principio *pro reo*, al interés individual, el principio *pro societate*, el interés social. Así, es frecuente que los magistrados, sean jurados, sean togados, pero sobre todo los primeros, condenen *sin pruebas bastantes* á individuos á quienes consideran peligrosos para su tranquilidad personal, para la seguridad de sus intereses patrimoniales, para la tranquilidad pública, etc. (1).

---

naturaleza especial, que podría llamarse, sin abusar de la metáfora, una *naturaleza judicial*. Con la cual no se compadece bien, de ordinario, la indulgencia, y les hace tender á ver en cada procesado más bien un culpable que un inocente... En semejantes condiciones, y delante de este juez, viene conducido el inculpado, el cual no ha sido nunca hasta ahora interrogado... Helo aquí, aislado. El vacío —ese vacío que pone espanto—lo rodea. A uno y otro lado tiene guardias impasibles. Acaso acaba de sufrir las angustias de la prisión preventiva, ó de la traslación humillante desde la cárcel al palacio de justicia y á través de las calles de la ciudad... El interrogatorio comienza. En estas condiciones, ¿creéis que entre este hombre y el juez instructor, por indulgente que sea ó que quiera ser, la lucha, ó si se prefiere decir, la discusión, es *igual*? ¿Creéis que el hombre podrá disculparse ó defenderse, lo mismo que el magistrado inteligente y dueño de aquél sabrá interrogarlo ó acusarlo? ¿Quién puede sostener tal cosa seriamente?» Esto, cuando no se hace uso de ciertos medios ilegales y capciosos para arrancar una confesión. «La confesión moderna se arranca por el constreñimiento moral; no consiste únicamente en una declaración afirmativa, sino en una exposición de hechos, detalles y circunstancias: casi siempre se consigue por una vía tortuosa, conduciendo al acusado á que hable de acontecimientos accesorios, desde el punto de vista del delito, pero que son capitales desde el punto de vista del curso de las ideas. *El juez logra que se le ponga delante la fealdad y torpeza de la vida.*» (Sorel, loc. cit., pág. 42.)

(1) En esta Audiencia provincial de Salamanca, declararon pocos días hace (Noviembre, 1894) los jurados culpable de robo á un individuo cuyo delito *no resultaba probado*, pero que todos sabían era un *ladrón habitual*. El hecho no tiene nada de raro, puesto que otros análogos están ocurriendo todos los días. Es ya casi proverbial también la severidad excesiva de los jurados

Digitized by Google

Pero hay un ejemplo bien reciente de lo que decimos, el cual demuestra, de una manera indudable, que las leyes penales se interpretan *en perjuicio del reo*, *con interpretación extensiva y aun analógica*, cuando se trata de hechos y de agentes altamente *peligrosos* para la paz social, y cuando, de aplicarles las leyes vigentes de una manera estricta, no quedaría bien defendida aquélla. No otra cosa es lo que ha pasado con motivo de los atentados anarquistas. En las leyes antiguas, no estaban castigados estos hechos con el rigor con que se estima deben serlo; y por eso, mientras se publicaban leyes excepcionales y especiales (1) tocante á los mismos, se han aplicado las que ya existían, *no ya interpretándolas amplísimamente en perjuicio de los reos, sino hasta violentándolas*, para hacerles decir lo que, ni según su letra, ni según su espíritu, decían. Así lo confiesan de una manera explícita los mismos funcionarios del orden judicial, esto es, los mismos encargados de cumplir y hacer cumplir las leyes.

En un documento oficial (2) sobre la administración de justicia en España, se lee, entre otras cosas que ofrecen materia para largas observaciones, que ahora no podemos hacer, lo siguiente: «El citado Código (el Código penal español de 1870,

---

de aldeanos contra los autores de hurtos campestres y otros delitos contra la propiedad. Formando parte del tribunal del Jurado, en cierta ocasión, el que esto escribe, como advirtiera á sus compañeros que del acto del juicio no resultaba probada claramente la culpabilidad del procesado (se trataba de un homicidio), aquéllos contestaron: «cierto; pero, como se trata de un individuo de mala conducta y antecedentes, si no ha cometido el delito, es *capaz* de haberlo cometido y de cometer otros; por tanto, conviene imponerle pena, para que nos veamos libres de él, á lo menos por algún tiempo».

(1) Leyes en general absurdas, por varios conceptos. El texto y buen número de observaciones referentes á las leyes contra los anarquistas, publicadas recientemente en algunos países de Europa, pueden verse en la *Revue du droit public*, 1894, tomos I y II; en *La Riforma sociale*, 1894 y 1895, tomos I, II y III; en *La Critica sociale*, 1894, etc.

(2) Memoria elevada al Gobierno español por el Fiscal del Tribunal Supremo, D. Juan de Aldana, y leída en la solemne apertura de los Tribunales, año judicial de 1894-1895.

Digitized by Google

reformado por la ley de 17 de Julio 1876) *sólo en un artículo menciona concretamente* los petardos, para darles la consideración de *faltas*. El 587 dispone que serán castigados con la pena de uno á cinco días de arresto y multa de 5 á 50 pesetas los que, dentro de población ó en sitio público ó frecuentado, dispararen armas de fuego, cohetes, *petardos* ú otro proyectil cualquiera que produzca alarma ó peligro (1); y es que cuando se publicó el Código en 1870, como dice la circular que el Fiscal del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Aureliano Linares Rivas, dirigió á sus subordinados en 20 de Junio de 1881, «los »petardos, por regla general, eran entretenimientos molestos, »pero inofensivos, de mozalvetes mal intencionados, y tanto la »alarma como el peligro que producían eran leves y de escasa »trascendencia.» El legislador, pues, sólo como entretenimientos molestos los consideró y estimó suficiente castigarlos como faltas contra el orden público, porque sus autores no se proponían causar daño (2), ni de ordinario lo causaban, sino simplemente proporcionarse la satisfacción que ciertas personas experimentan produciendo escándalo y ruido, y asustando á gentes pusilánimes. El asombroso progreso que en la época moderna han tenido la química y la mecánica ha suministrado armas terribles á los eternos enemigos del orden social; y lo que antes era entretenimiento poco menos que pueril, es hoy vehículo de muerte que siembra la destrucción y el exterminio, llevando la intranquilidad y la zozobra á todos los ánimos y amenazando todavía con mayores males, si no se acude enérgicamente á la represión de atentados que, por lo cobardes y horrorosos, son vergüenza de la humanidad y de la civilización con que tan envanecidos nos mostramos.

»La Fiscalía del Tribunal Supremo, desde que con hechos, no tan lamentables como los ocurridos en los últimos tiempos,

(1) No se castiga, pues, aquí el daño, el hecho en sí, sino el peligro y la alarma.

(2) Ó lo que es igual, eran poco peligrosos.

Digitized by Google

comenzaron á manifestarse las tendencias á emplear máquinas explosivas de gran potencia para satisfacer venganzas privadas primero, y fines más generales y odiosos después, se preocupó de los *medios que podía suministrar la ley* para reprimir tales monstruosidades, como lo demuestra la circular antes citada; y ya que la *letra* del Código *no los ofrecía* (1), tuvo que recurrir á su ESPÍRITU, á aquellos preceptos que, por rigorosa ANALOGÍA, sin forzarlos ni violentarlos, pudieran ser aplicables. Estas condiciones las reunía el art. 572, que ordena incurrirán respectivamente en las penas de aquel capítulo los que causaren estragos por medio de inmersión ó varamiento de nave, inundación, explosión de una mina ó máquina de vapor, levantamiento de los rails de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de éstas para la seguridad de los trenes en marcha, destrozo de los hilos y postes telegráficos, *y en general de cualquiera otro agente ó medio de destrucción tan poderoso como los expresados*. Tomando como norte este precepto, en cuyo *espíritu* están sin asomo de duda comprendidos los atentados de cuya represión se trataba, el Ministerio fiscal marchó decidido á la lucha con esos nuevos y terribles enemi-

(1) Esto es indudable. Otro funcionario del Ministerio fiscal, D. José García Romero de Tejada, abogado fiscal de la Audiencia de Albacete, en un artículo publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (tomo 85, págs. 84 y sigs.) sobre la *Nueva ley* (de 10 de Julio, 1894) *para la represión de los delitos cometidos por medio de explosivos*, reconoce también la no punibilidad de tales delitos, con arreglo á la legislación penal común. «No obstante, dice, lo que sobre el particular afirmaban en el Parlamento (al discutirse referida ley), entre otros ilustres oradores, el Sr. Garnica, es lo cierto que *nuestro Código penal no preveía, ni mucho menos, por lo tanto, castigaba con adecuada pena los delitos que la ley especial comprende*: puesto que, prescindiendo de los nuevos que en ella se relacionan... en la mente de todos está que *sin derrotero fijo, sin poder ajustarse á un criterio uniforme y seguro*, hanse visto precisados los tribunales en la práctica á *barajar* y *aplicar indistintamente*, y según los casos, en los delitos de referencia, las disposiciones del art. 561 y siguientes del Código penal, que del incendio tratan, juntamente con las del 572, que de una manera especial y por modo claro al estrago se refieren.»

Digitized by Google

gos... *Cuanta severidad consentía el Código* por virtud de la INTERPRETACIÓN, FUNDADA, NO EN LA LETRA, que resultaba anacrónica, SINO EN EL ESPÍRITU de sus disposiciones, *otra tanta se ejercía*, como lo prueban cuantos casos se presentaron en casación, desde 29 de Septiembre de 1879, en que se declaró que la colocación de un petardo de dinamita con la mecha encendida á la puerta de una casa constituía el delito frustrado de estrago, hasta 20 de Junio de este año, en que llamado á conocer dicho Supremo Tribunal del recurso interpuesto por Debats, Ferreira y Felipe Muñoz, de los cuales los dos primeros habían sido sorprendidos por la policía en la calle del Florín llevando dos bombas explosivas con el propósito de que explotaran en el Congreso de los Diputados, declaró igualmente que al considerarlos la Audiencia reos de tentativa del delito de estragos, de que habla el mencionado art. 572, y al condenarlos á la pena de siete años de presidio mayor á cada uno, se había atemperado estrictamente á los preceptos legales, y no había incurrido, en su consecuencia, en los errores de derecho que las defensas le atribuían.

»En esta actitud persistió sin desmayar nunca el Ministerio fiscal, *antes bien, extremó, si cabe, el empleo de todos los resortes de que dispone*, concediendo *preferente cuidado* á las causas que por tales delitos se incoaban, tanto por lo que respecta á la celeridad en el procedimiento, como en lo tocante á la esmerada inspección de los sumarios y á todo lo demás que pudiera contribuir á que el castigo fuera *tan rápido como rigoroso*. Esta es la tendencia de las circulares de los Excmos. Sres. Conde y Luque y Martínez del Campo, sus fechas 31 de Marzo de 1892 y 4 de Marzo de 1893, sin contar otras instrucciones de carácter más particular y concreto que se dictaron por todos los fiscales en los casos que se fueron presentando: lo que, unido á las declaraciones del Tribunal Supremo, *inspiradas en un sentido de gran severidad*, establecía una defensa completa de los *intereses sociales*, por lo que á la represión de tales delitos se refiere, hasta el extremo de que *el castigo que por virtud de la ley*

Digitized by Google

especial de 10 de Julio último se imponga no ha de ser mayor en cuanto á alguno de los hechos en ese respecto más frecuente que el que se imponía aplicando los preceptos del Código con arreglo á la *interpretación* del Tribunal Supremo y á las instrucciones de su fiscalía.»

Nos parece que los párrafos que acabamos de transcribir no dejarán sombra alguna de duda de que, no sólo se emplea la *interpretación extensiva y analógica* en el orden penal, y no sólo se sobrepone el espíritu á la letra de la ley, *aun para perjudicar* al reo y para hacer más dura la condición de éste, sino que, cuando por cualquier motivo se considera lastimado ó en peligro el interés social, se recrudece de un modo sensible, y aun exagerado, la severidad del castigo. En tal situación de cosas, el principio *pro societate* lo absorbe todo, y, ó nadie se acuerda del principio *pro reo*, ó, si se invoca alguna vez, esta invocación es un verdadero escarnio. Cuando lo que se llama «el orden social» se cree en peligro, los derechos del individuo quedan infaliblemente hollados.

Ahora, esta solución del problema es inevitable mientras el problema esté planteado en la forma en que lo está hoy, es decir, mientras el interés de la sociedad y el del reo sean antitéticos; lo cual sucederá, en tanto la pena sea considerada como un mal, objetiva y esencialmente. Por el contrario, dicho problema encontrará fácil solución el día en que los dos intereses referidos se conciban como solidarios, que será el día en que la pena se estime como un medio preventivo y como un medio tutelar del delincuente: el día en que se someta á ella al reo por su propio bien y por el de todos, y en que el reo mismo que se persuada de que le conviene la reclame como un *derecho*; igual que el menor y el incapacitado, que se hicieron cargo de su situación, podrían pedir la tutela, como cosa que de derecho les corresponde. Por lo demás, esta solución requiere, como su base, y á la vez como su complemento, la introducción del arbitrio judicial en la forma que más arriba dejamos indicada.

Digitized by Google

83. Finalmente, la interpretación es tan esencial á la función del juez, tan inseparable de ésta, que es de todo punto imposible juzgar, declarar el derecho, aplicar la ley, sin interpretar antes. Y esto, lo mismo en la materia penal que en cualquiera otra. Con la particularidad de que, justamente en los puntos más graves, allí donde más pueden los tribunales abusar de su posición con perjuicio de los derechos é intereses del ciudadano, es donde la interpretación se hace imprescindible. De esta suerte, el odiado arbitrio judicial viene á introducirse forzosamente en la administración de justicia criminal precisamente en aquellos casos en que puede ser más peligroso.

Veámoslo con ejemplos. El Código penal vigente en España no considera como delitos ó faltas, sino «las acciones y omisiones *voluntarias*» (1). Ahora bien: ¿quién es el que ha de determinar y declarar si la acción ó la omisión es ó no voluntaria, esto es, si es ó no delito ó falta, y por consiguiente, si debe ó no ser castigada? El tribunal. La ley en este caso, como en casi todos, no puede hacer otra cosa que dar una fórmula general y abstracta; sólo puede decir que, para que una acción ú omisión sean delitos, han de ser voluntarias; no puede hacer un catálogo de los actos que son siempre voluntarios, ni concretar de una manera terminante las circunstancias en las cuales se da siempre la voluntariedad y fuera de las cuales la voluntariedad no existe. Esto es obra del juzgador en cada caso específico. Pero en la voluntariedad de los actos entra una multitud de elementos: entran, por de pronto, la libertad física de obrar (sus opuestos: la coacción y el miedo), la inteligencia (sus opuestos: la ignorancia y el error; y aquí las múltiples cuestiones, tan *diferentemente* resueltas, de la ignorancia y el error de hecho y de derecho, vencibles ó invencibles, esenciales ó accidentales) (2), y según la generalidad de los comenta-

(1) Aparte la cuestión de si las acciones ejecutadas por imprudencia (artículo 581 y otros) son voluntarias.

(2) Cuestiones que no son—ya se comprende—sino cuestiones de inter-

Digitized by Google

ristas y de los escritores, la intención dañada, ó malicia (1). Los tribunales, pues, considerarán ó no como delito un acto, según entiendan y aprecien estos distintos elementos (2).

Mas no paran aquí las dificultades (3), sino que más bien puede decirse que comienzan. En efecto; si de las causas que acabamos de indicar (coacción, ignorancia, etc.), las cuales obran sobre las manifestaciones actuales de una voluntad *ya formada*, nos elevamos á las causas que pueden haber influído *en la formación* de esa misma voluntad, veremos cómo se complica y se hace difícil el problema de saber cuándo y hasta

---

pretación y de apreciación particular; por ejemplo: ¿es voluntario el hecho realizado por ignorancia ó error invencible de derecho? Y ¿cuándo son «invencibles» la ignorancia y el error? Claro está que esto no puede determinarse *a priori*, y no hay más remedio que dejar su resolución al juez, quien lo resolverá *en cada caso concreto*, según su *prudente arbitrio*.

(1) Decimos que la malicia es considerada *por la generalidad* de los comentaristas como elemento constitutivo de la voluntad, porque *hay algunos* que creen *no* ser necesario, para que la acción sea voluntaria y punible, el que se haya realizado *con intención*. Así sucede con Groizard (véase *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo I, cuaderno primero, Burgos, 1870, páginas 57 y sigs.). El motivo fundamental de esta discrepancia (si las acciones procedentes de culpa, descuido, negligencia ó imprudencia son ó no son delitos) no nos importa ahora directamente; lo que nos importa es mostrar que la diversidad de pareceres comienza desde el mismo artículo primero del Código, desde la misma base fundamental de todo él; que, por tanto, la ley no es nunca *igualmente clara para todos*, y que *la interpretación se impone de un modo inevitable*. Ni siquiera los mismos fautores de los códigos suelen estar conformes acerca de lo que las palabras empleadas en ellos significan: así, Pacheco, que intervino en la formación del Código penal de 1848, considera que para que una acción sea «voluntaria», es precisa la intención («diciéndose acto *voluntario*, se dice acto libre, acto inteligente, acto *intencional*»); por el contrario, Groizard, que es vocal de la Comisión legislativa, entiende que «la intención *no es* propiamente una condición *necesaria*». Supóngase dos jueces inspirados en estos dos opuestos criterios, y se verá cómo *no es posible que ambos apliquen de la misma manera una misma ley*.

(2) V. la nota anterior.

(3) Aquí suelen terminar, para los escritores y jueces de la dirección llamada clásica.

Digitized by Google

dónde es voluntaria una acción. Por ejemplo: ¿influyen algo, y en qué proporción, en la conducta de un sujeto, la herencia fisiológica y psicológica que haya recibido de sus padres ó antepasados, su temperamento, su carácter, su sexo, su edad, el fondo de la raza á que pertenezca? ¿Influyen algo, y en qué proporción, la vida desarreglada que sus padres hayan hecho, las enfermedades (locura, sífilis, etc.), que hayan padecido, las formas infinitas de degeneración de que, por éstos ó los otros motivos, hayan sido víctimas, el alcoholismo crónico ó agudo de ambos, ó de cualquiera de ellos, lo anormal de las condiciones en que la concepción, la gestación, el parto, la lactancia, la crianza, han tenido lugar? ¿Influyen, algo, y en qué proporción, los ejemplos que en la familia y fuera de ella haya tenido el sujeto, la buena ó mala educación que haya recibido, el abandono en que sus padres le hayan dejado, el trabajo prematuro á que le hayan obligado, el establecimiento educativo en que haya pasado sus primeros años; el haber vivido en el campo ó en la ciudad, en poblaciones de vida agitada ó tranquila, industriales ó agrícolas, de mucha ó poca densidad, en países fríos ó templados, en la montaña ó en el llano, en esta región ó en la otra, en la costa ó en el centro; el pertenecer á esta ó á la otra clase social, á esta nación ó á la otra; el alimentarse bien ó mal, de legumbres ó de carnes, el usar ó no usar alcoholes, excitantes y narcóticos, el usarlos ó no habitualmente; el vivir en la miseria ó en la abundancia, del producto del propio trabajo ó del trabajo ajeno, el vivir vida laboriosa ú ociosa? ¿Influyen algo, y en qué proporción, la profesión que uno ejerza, la religión á que pertenezca, el grado de instrucción que tenga? ¿Influyen algo, y en qué proporción, las buenas ó malas instituciones políticas, económicas, jurídicas, religiosas, benéficas, etc., del Estado de que uno es parte, el que éste viva en paz ó en guerra, con ejércitos permanentes ó sin ellos, con mucho ó poco ejército, con este ó el otro régimen político; el que las costumbres públicas sean mejores ó peores, el que la opinión pública tenga más ó menos eficacia, y esté

Digitized by Google

representada por estos ó los otros órganos; el que los procedimientos electorales sean estos ó los otros, puros ó corrompidos? ¿Influyen algo, y en qué proporción, el contagio moral, la sugestión ajena, las buenas ó malas compañías?... En suma, y para no alargarnos más en esta enumeración de causas, que, por ser ellas infinitas, habría de ser también enumeración interminable, ¿influyen algo, y en qué proporción, en el modo de obrar de cada individuo, todos y cada uno de los elementos que constituyen la inextricable trama de la vida y de la historia? Y si influyen, ¿no será preciso que el juez los estudie, los *interprete*, para que aprecie hasta dónde privan al sujeto del dominio de sí propio, hasta dónde convierten en involuntaria su acción?

Lo que acabamos de decir de la palabra «voluntaria», que el Código emplea en la definición de los delitos, podríamos hacerlo extensivo á casi todas las demás palabras que en la misma definición se encuentran (1) y á buena parte de aquellas de que hace uso en todos los otros artículos (2). Al cabo ¿qué otra cosa se busca con los *Comentarios*, con los libros doctrinales, con las enseñanzas de todas clases y formas que á los jueces se les proporcionan, sino ofrecerles materiales con que interpretar, esto

(1) V. gr.: ¿qué es lo que debe entenderse por «acción» y por «omisión»? ¿Cuándo el delito se comete en una y cuándo en otra forma? ¿Cuáles son las acciones (concretas) «penadas por la ley»?

(2) «Las acciones y omisiones penadas por la ley—dice el párrafo segundo del mismo art. 1.° del Código—se reputan siempre voluntarias, *á no ser que conste lo contrario.*» Y ¿cuándo consta lo contrario? ¿Quién es el que debe determinar si consta ó no consta lo contrario? Y ¿qué deberá hacerse para averiguar si consta ó no lo contrario?

«El que cometiere voluntariamente un delito ó falta—añade el párrafo tercero del referido art. 1.°—incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar.» ¿Quién, cómo y cuándo ha de decir si el propósito fué distinto? Y ¿qué es el propósito y de qué elementos se forma? El propósito ¿es voluntario ó involuntario, ó ambas cosas á la vez?

Nos parece que el lector quedará convencido de que podríamos seguir en esta labor, mostrando cómo no hay un solo artículo del Código penal que no requiera una laboriosa interpretación.

Digitized by Google

es, facilitarles el cumplimiento de su función esencial de *entendedores* de las leyes que deben aplicar?

De tal manera es imposible prescindir de la interpretación, prohibiendo á los jueces que la hagan, que los mismos escritores que defienden con ardor el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, por temor á los posibles abusos del arbitrio judicial, vienen en ocasiones á echarse en brazos de éste y á reconocer su impotencia para llevar aquel principio hasta sus consecuencias últimas. Entre los muchísimos ejemplos que podríamos citar en comprobación de tal aserto, vamos á elegir el de un comentarista del vigente Código de 1870: el Sr. Groizard. Este autor, no obstante mostrarse partidario de la doctrina sancionada por los artículos 1.° y 22 del referido Código (1), cuando comenta el núm. 1.° del art. 8.°, que exime de responsabilidad al *imbécil* y al *loco*, confiesa que, en lo que toca á la cuestión gravísima (2) de apreciar la locura y la imbecilidad y las respectivas consecuencias penales, no puede menos de dejarse al juez en libertad completa y de confiar en su rectitud. «Las reglas *a priori*—dice—son casi imposibles... La declaración de la excusa perentoria de que venimos hablando (la locura) *entraña necesariamente la resolución* EN CADA CASO *de una* CUESTIÓN DE HECHO, *cuyos elementos de convicción no puede el magistrado encontrar en otra parte que* EN SU PROPIA CONCIENCIA... En el caso de que tratamos, deben darse *facultades más latas, de que seguramente no abusarán, á los tribunales de justicia*» (3).

Ahora pregunto yo: ¿qué razón hay para decir que en el caso del loco la administración de justicia penal entraña necesariamente la resolución de una *cuestión de hecho*, y dar á entender *(a sensu contrario)* que en todos los demás casos no sucede

(1) V. obra citada, t. I., págs. 48 y sigs., y t. II, págs. 90 y sigs.

(2) Como que se trata nada menos que de la culpabilidad ó no culpabilidad y de la consiguiente imposición ó no imposición de pena.

(3) Ob. cit., t. II, págs. 175, 178 y 181.

Digitized by Google

así; para afirmar que aquí y sólo aquí ha de encontrar el magistrado *en su propia conciencia* los elementos de convicción; para dar en este caso, y no en todos los demás, *amplias facultades* á los tribunales de justicia, *confiando en que no abusarán de ellas?* Declaro que, si tal razón existe, yo no la veo; antes por el contrario, me parece que si la ley debe limitar y regular estrictamente las atribuciones de los jueces, por temor al abuso, en ninguna parte estará más justificada esa limitación y regulación que en aquellas materias, como en la presente, donde el abuso puede ser más pernicioso. Lo que hay es, que en los demás casos no se ve con tanta evidencia como aquí lo absurdo del sistema penal reinante (1); por eso no se reconoce con tanta fuerza la necesidad de rectificarlo. Pero lo difícil es dar el primer paso, y éste está dado; ya se irán dando detrás de él otros, y con el tiempo, lo que Groizard dice, apremiado por la fuerza de la evidencia, de la administración de justicia penal cuando medie la circunstancia de locura, se tendrá que decir de la administración de justicia penal en todas, absolutamente en todas las ocasiones. Hoy todavía nos pagamos mucho de principios abstractos, que nos empeñamos en sacar á salvo, aun á costa de la verdad de las cosas; mañana llegaremos á encariñarnos con esta verdad y á rendirla respetuoso tributo, aun cuando aquellos principios sufran menoscabo y perdamos con ellos las ilusiones que al presente ciframos en algo vago, incoercible y poético. ¡También son poéticos los ensueños, la vida de la infancia, la del salvaje, la del campesino y otras cosas análogas, que poco á poco hemos ido, por fortuna, dejando atrás!

84. De todo lo expuesto en el presente capítulo, nos parece que pueden sacarse las siguientes conclusiones:

---

(1) El estudio del *caso del loco*, en el sistema penal que actualmente domina, es fecundísimo en enseñanzas: en él es donde se va viendo con más claridad los defectos del referido sistema y donde van apuntando los caracteres que habrá de revestir el sistema penal racional futuro. En este momento no podemos desarrollar la idea, que tan sólo apuntamos.

Digitized by Google

1.ª En realidad, no existe hoy una doctrina sobre la interpretación de las leyes penales; y si como tal se consideran los pocos preceptos que los escritores suelen formular, preciso es que digamos que tales preceptos son en su mayor parte caprichosos, infundados y contradictorios unos con otros y en los diferentes autores.

2.ª Caso de que se hable de una teoría de la interpretación de las leyes penales, esta teoría no es la teoría general relativa á la interpretación de las leyes, sino una excepción á la misma.

3.ª La causa fundamental de este hecho, es decir, del carácter excepcional de semejante teoría, es la consideración de la administración de justicia en el orden penal como una cosa mala y peligrosa para los derechos y libertades del ciudadano; mientras que la administración de justicia en los demás órdenes se juzga ser cosa buena y útil para todos.

4.ª De aquí que, para evitar toda posibilidad de abuso por parte de los jueces en perjuicio del ciudadano, se haya negado á aquéllos la facultad de interpretar las leyes, se les haya obligado á ceñirse á la obediencia de los preceptos estrictos de éstas, y se les haya aconsejado que, siempre que se les ofrezcan dudas acerca de la explicación de las mismas, tales dudas las deben resolver en beneficio del delincuente; entendiendo que al delincuente se le favorece cuando se le libra de la pena, ó se le impone la pena menor posible.

5.ª De esta suerte, en la administración de justicia penal se supone que juegan dos intereses antitéticos (1), el de la sociedad y el del reo, cada uno de los cuales pierde ó gana tanto como gana ó pierde el otro.

6.ª El movimiento individualista ha hecho que se fije *en principio* la máxima de que, cuando la ley ó los hechos no es-

(1) «En materia penal —dice terminante y explícitamente la Exposición de motivos de nuestra ley de Enjuiciamiento criminal —hay siempre *dos intereses rivales* y *contrapuestos:* el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse.»

Digitized by Google

tén perfectamente claros, se resuelvan las dudas *pro reo;* pero la verdad es que, en la práctica, cuando se considera en peligro el interés social, la interpretación y resolución de las dudas se hace *pro societate* y en daño del delincuente, aun cuando para ello haya que recurrir á la analogía, que en principio se halla proscrita en materias penales.

7.ª Hay, además, casos, en los cuales se concede á los tribunales amplias atribuciones para juzgar cada hecho concreto, en vista de las especiales circunstancias de que se halle rodeado, y no según principios ó fórmulas *a priori*, y en los que se deja á aquéllos gran latitud para buscar los elementos de convicción en su propia conciencia.

8.ª Esto significa el comienzo de un cambio en el concepto de la función penal, cambio que ha de traer consigo: *a)* la sustitución de la interpretación de la ley y de sus preceptos por la interpretación de los hechos; *b)* la introducción del arbitrio judicial en la administración de justicia penal.

9.ª Como los hechos no pueden interpretarse, sino observándolos, los jueces, para el desempeño de su función, tienen que inspirarse en el estudio de las ciencias experimentales, en el estudio de las cosas por procedimientos realistas: la fuente de la justicia es la realidad.

10.ª Esto trae consigo el conocimiento del delito como un producto de causas naturales, y la persuasión de que la manera racional de oponerse á él es el estudio de esas causas, de su poder y eficacia, y el empleo de los medios oportunos para contrarrestarlas ó desarraigarlas.

11.ª La pena es uno de estos medios.

12.ª Por consiguiente, es por su propia naturaleza buena, porque es preventiva.

13.ª En tal concepto, no sólo la sociedad, sino el reo mismo, tiene interés (objetivo) en someterse á ella.

14.ª Como de esta suerte el interés de la sociedad y el del reo resultan solidarios, no hay necesidad de prohibir á los tribunales la interpretación, por miedo á que, abusando de

Digitized by Google

1.ª En realidad, no existe hoy una doctrina sobre la interpretación de las leyes penales; y si como tal se consideran los pocos preceptos que los escritores suelen formular, preciso es que digamos que tales preceptos son en su mayor parte caprichosos, infundados y contradictorios unos con otros y en los diferentes autores.

2.ª Caso de que se hable de una teoría de la interpretación de las leyes penales, esta teoría no es la teoría general relativa á la interpretación de las leyes, sino una excepción á la misma.

3.ª La causa fundamental de este hecho, es decir, del carácter excepcional de semejante teoría, es la consideración de la administración de justicia en el orden penal como una cosa mala y peligrosa para los derechos y libertades del ciudadano; mientras que la administración de justicia en los demás órdenes se juzga ser cosa buena y útil para todos.

4.ª De aquí que, para evitar toda posibilidad de abuso por parte de los jueces en perjuicio del ciudadano, se haya negado á aquéllos la facultad de interpretar las leyes, se les haya obligado á ceñirse á la obediencia de los preceptos estrictos de éstas, y se les haya aconsejado que, siempre que se les ofrezcan dudas acerca de la explicación de las mismas, tales dudas las deben resolver en beneficio del delincuente; entendiendo que al delincuente se le favorece cuando se le libra de la pena, ó se le impone la pena menor posible.

5.ª De esta suerte, en la administración de justicia penal se supone que juegan dos intereses antitéticos (1), el de la sociedad y el del reo, cada uno de los cuales pierde ó gana tanto como gana ó pierde el otro.

6.ª El movimiento individualista ha hecho que se fije *en principio* la máxima de que, cuando la ley ó los hechos no es-

(1) «En materia penal —dice terminante y explícitamente la Exposición de motivos de nuestra ley de Enjuiciamiento criminal —hay siempre *dos intereses rivales* y *contrapuestos:* el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse.»

Digitized by Google

tén perfectamente claros, se resuelvan las dudas *pro reo;* pero la verdad es que, en la práctica, cuando se considera en peligro el interés social, la interpretación y resolución de las dudas se hace *pro societate* y en daño del delincuente, aun cuando para ello haya que recurrir á la analogía, que en principio se halla proscrita en materias penales.

7.ª Hay, además, casos, en los cuales se concede á los tribunales amplias atribuciones para juzgar cada hecho concreto, en vista de las especiales circunstancias de que se halle rodeado, y no según principios ó fórmulas *a priori*, y en los que se deja á aquéllos gran latitud para buscar los elementos de convicción en su propia conciencia.

8.ª Esto significa el comienzo de un cambio en el concepto de la función penal, cambio que ha de traer consigo: *a)* la sustitución de la interpretación de la ley y de sus preceptos por la interpretación de los hechos; *b)* la introducción del arbitrio judicial en la administración de justicia penal.

9.ª Como los hechos no pueden interpretarse, sino observándolos, los jueces, para el desempeño de su función, tienen que inspirarse en el estudio de las ciencias experimentales, en el estudio de las cosas por procedimientos realistas: la fuente de la justicia es la realidad.

10.ª Esto trae consigo el conocimiento del delito como un producto de causas naturales, y la persuasión de que la manera racional de oponerse á él es el estudio de esas causas, de su poder y eficacia, y el empleo de los medios oportunos para contrarrestarlas ó desarraigarlas.

11.ª La pena es uno de estos medios.

12.ª Por consiguiente, es por su propia naturaleza buena, porque es preventiva.

13.ª En tal concepto, no sólo la sociedad, sino el reo mismo, tiene interés (objetivo) en someterse á ella.

14.ª Como de esta suerte el interés de la sociedad y el del reo resultan solidarios, no hay necesidad de prohibir á los tribunales la interpretación, por miedo á que, abusando de

Digitized by Google

ella, se erijan en legisladores y causen al individuo males no consentidos por la ley; sino que, por el contrario, se les obligará (legal ó moralmente) á que *en todo caso* hagan uso de la interpretación, con el fin de buscar, mediante labor inquisitiva, comparativa, etc., lo que, *en bien de todos, incluso del reo mismo*, debe hacerse en cada momento para satisfacer las exigencias de la justicia, que no son otras que las exigencias de la realidad.

Digitized by Google

IV

La ley penal en el tiempo y sus efectos.

85. En los capítulos anteriores, hemos procurado poner de manifiesto la situación excepcional en que los tratadistas y las legislaciones han venido colocando al derecho penal, por lo que toca á la doctrina de las fuentes jurídicas y á la de la interpretación de las leyes; así como también los motivos de semejante hecho, las contradicciones en que forzosamente han tenido que incurrir aquéllos y los subterfugios á que acuden para dar apariencias de justificación á soluciones opuestas, que realmente no la tienen. Vamos en el capítulo presente á mostrar cómo tal estado de excepción existe también, por razones análogas, ó mejor dicho, por análogas sinrazones, en alguna otra materia.

Quien haya estudiado con detenimiento la teoría que se llama de la «irretroactividad de las leyes», habrá podido observar que la misma sólo en parte vale para las leyes penales. Habrá podido observar asimismo lo vario y casi siempre caprichoso de las opiniones de los escritores. Habrá observado el embrollo y confusión que tocante al particular existen, y los esfuerzos de ingenio, las sutilezas á que aquéllos acuden para poner en armonía, por un lado, la *justicia* estricta con la *humanidad*, las cuales consideran incompatibles, y por otro, el interés del reo y el de la sociedad, que, según ellos, están en per-

Digitized by Google

petua pugna. Y habrá observado, finalmente, que el origen de tal estado de cosas es el mismo á que tantas veces nos hemos referido: la concepción de la pena como un *malum passionis propter malum actionis* y las otras que de la misma derivan *(nullum crimen, nulla poena sine lege*; en la administración de la justicia criminal debe prevalecer el principio *pro reo*, etc.).

86. Es un hecho absolutamente innegable el de los frecuentes cambios que todas las leyes, lo mismo las del orden penal que las de los demás órdenes, experimentan en el transcurso del tiempo y á medida que las circunstancias lo requieren. Así lo confiesan todos los escritores.

Pero estos cambios ¿suponen alguna transformación en el derecho mismo, ó lo que cambia es algo diferente de éste, el cual permanece invariable y absoluto? Aquí es donde ya falta la conformidad entre unos y otros, y no ya entre los defensores y los adversarios de un orden trascendente de justicia intrínseca, siempre igual, sino entre los mismos partidarios de la existencia de este orden. «Frecuentes son (especialmente, en el movimiento de nuestro siglo) las *mutaciones legislativas;* y á menudo tales alteraciones recaen sobre la materia penal. Estos cambios de ley *derivan naturalmente del progreso humanitario, no del progreso del derecho*, porque, como hemos dicho, el derecho es *absoluto* é *inmutable*. Y si la humanidad descubre una verdad después de cuarenta siglos, no es que sea únicamente hoy cuando aquella *verdad* haya *nacido*; no es la *verdad* lo que progresa; es que, siguiendo la humanidad en su viaje, consigue alcanzar el conocimiento de la misma. *Lo que es contrario al derecho hoy, contrario al derecho era hace un siglo*, aunque la ley escrita de entonces lo proclamase, por error, *conforme* al derecho; y viceversa.» Esto escribe Carrara (1).

---

(1) *Programma*, parte general, t. II, §§ 744 y 745, págs. 261 62.

No es este el lugar oportuno para discutir las afirmaciones del insigne penalista italiano; mas no podemos renunciar á hacer algunas indicaciones respecto de ellas. Desde luego se ve que las mismas están influídas por dos

Digitized by Google

Otro clásico, Olivi, no se desprende de la idea de un derecho inmutable; pero bien puede decirse que esta idea es una mera declaración formal que está en pugna con todo el con-

---

ideas ó concepciones que, no por ser sumamente corrientes y generalizadas, dejan de ser falsas, á saber: 1.ª, que el orden jurídico es fijo, inmutable en sí mismo, y 2.ª, que el conocimiento que de él tenemos nosotros es el único que responde á su verdadera esencia. Se coloca como de un lado el orden del derecho y de otro el sujeto que lo contempla, y se atribuye al primero un carácter de permanencia absoluta, mientras que se juzga que el segundo se *ha equivocado siempre* al apreciar aquél y que *sólo su consideración actual* (y aun podría decirse que sólo el modo de considerarlo el individuo que habla ó escribe) es la que goza la *exclusiva de la verdad*. Pero el derecho, según ya hemos dicho, no tiene existencia objetiva fuera de la realidad social, ni es otra cosa que esta realidad misma, ó sea la referencia y subordinación de unos seres á otros para el cumplimiento de los fines (necesidades) humanos. Y como la realidad social, lo mismo que la realidad toda, está perpetuamente variando; como las necesidades humanas no son algo fijo, eterno, rígidamente igual, sino que cambian á cada paso según los tiempos, los países, la posición—infinitamente multiforme y distinta—de los individuos; como los medios para satisfacer aquéllas no son siempre los mismos, antes bien en cada momento son diferentes de los del momento anterior y de los del momento siguiente, resulta que el derecho (el orden jurídico objetivo) es también eternamente vario. No es exacto que lo que es contra el derecho hoy lo haya sido siempre. En primer lugar, cada época y cada punto del espacio tienen un cierto número de relaciones y de elementos exclusivamente suyos, que no han tenido otras épocas ó que no tienen otras regiones, y cuya violación constituye otras tantas infracciones del derecho de los primeros, sin que puedan serlo en los segundos. Por ejemplo, las falsificaciones de billetes de banco, de documentos públicos, los atentados contra los ferrocarriles, el empleo de explosivos, las predicaciones anarquistas, etc., que hoy son actos contrarios al derecho, ni lo han sido siempre, ni han podido serlo. Los ataques á la monarquía, que constituyen hoy delito en ciertos países, no lo constituyen en otros. Y lo mismo cabe decir de otros muchísimos hechos. En segundo lugar, ciertos actos que en la actualidad son delictuosos, por constituir atentados contra alguna de las condiciones necesarias para la existencia social, han sido en otras épocas actos lícitos y hasta meritorios: por ejemplo, el hurto. En tercer lugar, la gravedad de muchos actos contrarios al derecho ha variado con el tiempo y está continuamente variando; y no tan sólo porque el sujeto los estime de diferente manera, sino

Digitized by Google

texto de su doctrina. Véase lo que dice: «Acontece con frecuencia que la ley penal positiva vigente en un Estado, en un determinado instante más ó menos lejano de su primera apari-

---

porque ellos, en combinación con los restantes factores de la vida social, representan en cada momento más ó menos peligro para ésta.

Por otra parte, aun suponiendo que el derecho sea objetivamente inmutable y que lo único que cambie sea la posición del sujeto con respecto al mismo, el conocimiento que el sujeto tenga del orden jurídico, ¿por qué razón hemos de estimar que nuestra manera de contemplarlo es la única exacta, la única que responde á la verdad, que nuestras leyes escritas son las que traducen el orden inmutable del derecho, y que las leyes escritas de otros días lo traducían erróneamente? ¿Que criterio seguro tenemos para presumir que sólo nosotros poseemos el conocimiento del orden jurídico verdadero, el conocimiento del *derecho natural*, y que los demás pueblos, épocas é individuos han carecido de él? *(a)*.

Finalmente, nos parece incomprensible cómo los cambios en las leyes dependen, según dice Carrara, del progreso *humanitario*, y no del progreso del *derecho*, porque después de todo, ¿no vienen á reducirse ambas cosas á una misma? ¿Cuál es la causa del progreso humanitario, sino las modificaciones en los factores de la vida social, y consiguientemente en el aprecio que de ellos hace el hombre, ó lo que es igual, el progreso del derecho mismo? ¿Es posible que la *justicia* (el derecho) se quede petrificada, siendo una y la misma siempre, y que la *humanidad* haya de venir á corregirla, esto es, á declarar que *no es* justicia?

Bien evidente se ve aquí la inevitable contradicción en que caen los autores que, por una parte, se empeñan en mantener el concepto de un derecho

---

(a) Lo que se llama «derecho natural» no es sino la idealización que los escritores hacen de las condiciones jurídicas de la vida social de cada momento: por eso, los juicios de los diferentes tratadistas, informados en tales condiciones, son tan distintos como distintas son estas condiciones y el punto de vista desde el cual las contemplan. Así, para Aristóteles y los antiguos, el tipo de la familia «de derecho natural» era diferente del que los modernos imaginan, porque la familia antigua era diferente de la nuestra, (como que de ella formaban parte los esclavos, y un elemento de la misma era lo que después llamaron los autores que siguieron las huellas de los antiguos *sociedad heril)*; el derecho natural *de hoy* condena la esclavitud, la poligamia y otras instituciones análogas que el derecho natural de *otros tiempos* reconocía como legítimas y necesarias. Ahora ¿cuál es el derecho natural *verdadero*: el nuestro, ó el de otros tiempos? ¿cuál es el más conforme á razón? ¿no son ambos conformes con la razón de sus respectivas épocas y pueblos?

Digitized by Google

-ción, deje de hallarse en armonía con el nuevo desarrollo que se haya producido en la conciencia jurídica y con los cambios que, por efecto de causas múltiples, se verifican en las costumbres y en los hábitos populares. Y es que, *mientras la referida ley permanece fija, la sociedad para la cual se ha hecho sufre variaciones más ó menos considerables, y á la vez más ó menos propias é idóneas para hacerla conseguir completamente el fin social, ó para alejarla del mismo.* En este caso, *desaparece el equilibrio entre la ley y las necesidades y exigencias sociales que la justifican como ley particular;* en este caso, *la ley no es ya siempre un factor eficaz para el cumplimiento de los fines jurídicos* (1) *en la nueva situación de las cosas. Y como semejante desarmonía entre las normas de derecho, que se han quedado, digámoslo así, cristalizadas, y las nuevas formas históricas que ha adquirido el pueblo, organizado en consorcio político, se va haciendo más y más grave cuanto más tiempo pasa, resulta que en razón directa de esta gravedad se va sintiendo la necesidad de cambiar la ley existente* (2), *reemplazándola con otra* que se aparte más ó menos de los preceptos antiguos. Cierto, también esta última ley, expresión histórica á su vez de un determinado momento, en cuanto hace relación á los caracteres especiales de sus disposiciones, será sometida á las mismas vicisitudes en lo porvenir, será también cambiada, modificada, sustituída en todo ó en parte; su bondad quedará, por tanto,

---

inmutable, y por otra, se ven obligados á ceder ante las constantes solicitaciones de la realidad, la cual impone con toda su fuerza el perpetuo cambiar de ese mismo derecho.

(1) Y ¿cuáles son los fines «jurídicos», los fines *conforme á derecho,* sino precisamente los que reclama la *realidad social,* los que reclama la misma disposición de las cosas en cada caso determinado, los que reclaman las *necesidades y exigencias sociales,* á que no responden ya las leyes? Estos fines jurídicos, ¿han sido los mismos en todos los pueblos y momentos? ¿Serán los mismos siempre en los pueblos y momentos del porvenir? Y si no lo han sido, ni lo serán, ¿cómo es que el derecho, al cual tienen ellos que conformarse para ser jurídicos, puede ser inmutable?

(2) Este cambio ¿lo reclama la *justicia,* ó tan sólo la *humanidad,* según se ha visto que piensa Carrara?

Digitized by Google

circunscrita á un período determinado, más ó menos largo, en el cual podrá desempeñar eficazmente su función, porque el *concepto del derecho y de la justicia permanece inmutable lo mismo que el del orden moral en el mundo;* pero sus aplicaciones son susceptibles de múltiple variedad, reflejándose así en el primer caso la unidad de la naturaleza humana, y en el segundo, la perfectibilidad de la misma. Tenemos, pues, que la mutación de la ley en el seno de un Estado, cuando haya surgido la correspondiente *ratio* que la justifique, y dentro de los límites de esta *ratio*, aparece como una *verdadera necesidad* JURÍDICA (1) *y social*: porque un texto legislativo dado no es, después de todo, sino un vestido particular que cubre al derecho en un instante determinado de la historia, es un instrumento y un simple medio de actuación del derecho mismo, cuya actuación no podrá jamás realizarse plenamente sino á condición de que se sucedan las leyes unas á otras» (2).

La misma vacilación que se observa en este escritor, tocante al punto de la mutabilidad ó inmutabilidad del derecho en sí, se observa en muchos otros, singularmente en aquellos que, como Pessina, juzgan que el órgano mediante el cual se

---

(1) Por consiguiente, el cambio de las leyes penales de un Estado no es, según Olivi, un mero acto exigido por el *progreso humanitario*, sino una reclamación de la *justicia*, una exigencia del *progreso del derecho*. En tal sentido, el derecho no es inmutable, contra lo que poco antes ha dicho el autor.—Es tan insostenible y tan equivocada la concepción del derecho natural inmutable, que no solamente arguye contradicción entre autores distintos (á pesar de que todos hablan en nombre de una razón *exactamente igual*), sino que ni siquiera puede un mismo autor mantenerla en todas las partes de su doctrina. Unas veces se es fiel á ella, principalmente cuando se hacen afirmaciones abstractas; pero otras muchas no se puede menos de faltar á la misma, sobre todo cuando se trata de casos concretos y cuando atiende uno á las enseñanzas de la realidad. Por eso, los autores que más se inspiran en ésta, son los que más á menudo faltan al principio sentado abstractamente, los más ilógicos, aunque los más próximos á la verdad; y al contrario.

(2) Olivi, *Reati e pene in ordine al tempo*, en el *Trattato di Diritto penale*, de Cogliolo, t. II, págs. 479-80.

Digitized by Google

va realizando en la vida el derecho absoluto es la conciencia nacional (1), y que ésta está cambiando continuamente, á compás de las necesidades y medios que existan en la sociedad.

Pero hay otros tratadistas que, siendo clásicos, é inspirándose, por consiguiente, en principio, en el orden de ideas que sirve de fundamento á la teoría penal clásica, entre otras en la concepción del derecho como inmutable, confiesan que las leyes penales se caracterizan por ser variables y por depender de circunstancias históricas. «Las leyes penales—dijo un magistrado italiano, Francisco Arabia, en el seno de la Comisión nombrada para proponer las modificaciones que hubieran de introducirse en el proyecto de Código penal, presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, y hoy vigente como ley—las leyes penales son, en gran parte, leyes *de ocasión, que responden á las necesidades y exigencias de los tiempos*» (2). Y otro magistrado español escribía hace ya más de medio siglo, haciendo suyas las palabras de un autor francés: «La legislación penal es la parte *esencialmente variable y progresiva* de la legislación general: pues que, *hallándose en relación íntima é inmediata con los movimientos de la civilización, tiene que seguirlos, so pena de ser opresiva é insuficiente*» (3).

De cualquier manera que esto sea, lo cierto é indiscutible es que «el derecho positivo, como expresión de la inteligencia que el sujeto da en cada punto al derecho mismo, se transforma necesaria y constantemente en la medida en que cambian las circunstancias y las necesidades de la vida jurídica» (4). Sea que el orden mismo del derecho se modifique con estas circuns-

---

(1) Véase el § 12, cap. I.

(2) Vide *Verbali della Commissione istituita con regio decreto 13 Diciembre 1888*; Roma, Stamperia reale, 1889, pág. 20.

(3) Que es tanto como decir: esencialmente *injusta, contraria al derecho.*

García Goyena, *Código criminal español, según las leyes y práctica vigentes*; Madrid, 1843, prólogo. V. también La Serna y Montalbán, *Elementos del derecho civil y penal de España*, 8.ª ed., Madrid, 1869, t. III, p. 4.ª

(4) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 200.

Digitized by Google

tancias y necesidades, sea que, permaneciendo él sin alteración alguna en sí, cambien únicamente sus manifestaciones, lo que todo el mundo tiene que reconocer forzosamente, por ser un hecho de evidencia intuitiva, es que las leyes de los Estados se están reformando, derogando, sustituyendo unas á otras sin cesar, y que estas reforma, derogación y sustitución se imponen de un modo ineludible, como consecuencia del desequilibrio que á todas horas se está produciendo entre el mecanismo quiescente, inmovil, petrificado del derecho positivo, ó mejor del derecho legislado, y el organismo esencialmente movible y progresivo de la vida social: desequilibrio tanto mayor, cuanto más tiempo haya transcurrido desde la promulgación de la ley que se dice vigente, hasta el instante en que haya de ser aplicada (1).

---

(1) V. el cap. II.

¿Quién puede creer que nuestro vigente Código penal, promulgado tanto tiempo hace, responde actualmente á las exigencias de la ciencia y de la vida? Dando por supuesto (lo que no es exacto) que en el momento en que se publicó representase el adelanto que muchos se complacieron en atribuirle, y que respondiera perfectamente al estado social y científico de entonces, es imposible desconocer que la situación de las cosas ha sufrido notables alteraciones, sin sufrirlas paralelamente el Código, y que, por lo mismo, éste es una ley ya anticuada, que necesita reforma: una ley inadecuada, es decir, *injusta*, un vestido hecho para un joven de cierta edad, y que no se *ajusta* ya, sino violentándolo desmesuradamente, á su cuerpo, el cual ha adelantado en crecimiento. De tal manera es esto cierto, que no pueden menos de reconocerlo y confesarlo aun aquellos mismos que suelen llamarse «hombres de ley» y que profesan por lo general á ésta un culto supersticioso, considerándola como la única expresión posible de lo razonable y de lo justo. «*Veinticuatro años*—decía poco tiempo hace el Fiscal del Tribunal Supremo de nuestro país (*Memoria* citada; *Revista de Legislación*, t. 85, pág. 331)—lleva rigiendo el Código penal que aplican los Tribunales; y si bien respecto á otros cuerpos legales ese lapso de tiempo no sería bastante para justificar el que se pensara en su reforma, tratándose del derecho penal, que, *si bien obedece á principios fijos é inmutables, tiene, en cuanto á sus formas externas, algo de variable y convencional, por cuanto se ha de acomodar á las costumbres, á las necesidades, al grado de cultura y de adelanto de cada época*, VEINTICUATRO AÑOS ES MUCHO; y

Digitized by Google

87. Ahora, claro es que el desequilibrio de que se habla se origina por insuficiencia de la ley, no por falta de la vida, de la realidad; y por consiguiente, que la manera apropiada para deshacerlo no puede ser otra que la de ir modificando la ley, á medida que la realidad social se transforme.

Con lo cual llegamos nuevamente á ciertas conclusiones que hemos desarrollado en las páginas anteriores, á saber: 1.ª, que la fuente única de la justicia está en la realidad social, que es la que debe dar el contenido de la ley; 2.ª, que, como la realidad social se halla en movimiento y cambio incesantes, la ley que ha de reflejarla debe estarse asimismo reformando á la continua; 3.ª, que nadie mejor que los tribunales son los que pueden, en cada caso, verificar esta reforma, ó sea formular la ley que en cada momento debe valer y aplicarse; 4.ª, que ya que en la actualidad no suceda así, por temor á los abusos del arbitrio judicial, se hace precisa, por lo menos, la existencia de una institución permanente (§§ 41 y sigs.), encargada de ir fijando cada año, ó en períodos de menor duración, ó cuando le parezca mejor á ella misma, las variaciones que las leyes deben sufrir, en armonía con el cambio de costumbres y necesidades, en armonía con los preceptos científicos, en armonía con la

---

más, si durante ese período se han operado cambios radicales en la sociedad, y si las costumbres, opiniones é ideas sobre determinadas cosas y relaciones políticas y sociales han sufrido honda transformación (a). A esto se añade que los estudios jurídicos han tomado en los últimos años vuelos extraordinarios; y si determinadas teorías se mantienen en la región de la controversia, otras han adquirido, por tácito asentimiento, carta de naturaleza y pasado á la categoría de verdades por de pronto indiscutibles...»

(a) La posición de este escritor es muy análoga, como se ve, á la de Olivi y á la de tantos otros que no han sabido sacudirse aún del prejuicio dualista, á que más atrás hemos hecho referencia, y según el cual hay un orden de principios *fijos é inmutables* y á la vez otro orden *variable y convencional, acomodado á las costumbres, necesidades,* etc. Lo difícil para todos estos autores es señalar el límite entre lo inmutable y lo variable, entre los principios de absoluta justicia y ese algo convencional que depende de las circunstancias, grado de cultura, etc.

Digitized by Google

jurisprudencia que los tribunales fuesen sentando, en armonía, en suma, con las exigencias de la equidad, que son las exigencias de la justicia (real, no legal).

Consecuencia también ineludible de lo anterior es la de que, cuando los jueces tuvieran facultades discrecionales para dictar sus fallos en la manera dicha, ó cuando existiese un organismo permanente, cuya misión fuera la de reformar á cada paso el derecho positivo, la cuestión de la retroactividad ó irretroactividad de las leyes, cuestión que hoy tiene tanta importancia, vendría á perderla completamente: en el primer caso, porque los tribunales aplicarían la ley que entendieran respondía mejor á la justicia (á la realidad), fuera anterior ó fuera posterior, ó no aplicarían ninguna, cuando así se satisficiesen las exigencias de lo justo; en el segundo, porque desaparecería el desequilibrio, engendrador de las dudas acerca de la retroactividad é irretroactividad de una ley. El problema de referencia sólo tiene interés y dificultad cuando se considera que las leyes son las fuentes *únicas* de derecho, que la misión de los jueces consiste *exclusivamente* en *aplicarlas* (1), que no les es lícito hacer justicia sino en nombre de ellas, y que la ley es la norma invariable de conducta, pero que, no obstante, el querer amoldar estrictamente ésta á aquélla puede ser origen de injusticia.

88. Y bien, las leyes ¿deben ó no tener efecto retroactivo? Para nosotros, es incuestionable que sí (2), lo mismo si una

(1) «Á los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de *aplicar* las leyes en los juicios civiles y criminales, *sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado.*» Así dice el art. 76 de la Constitución de 1876, vigente en España. Análogos preceptos existen en las leyes de otros países: el estado de la opinión sobre este particular es por doquiera el mismo.

(2) Hablamos en el supuesto de que deba haber leyes y de que los tribunales hayan de administrar justicia ateniéndose á los preceptos de éstas; pues en el sistema del arbitrio judicial, que venimos preconizando, es llano que los jueces no tienen leyes á que atenerse por fuerza, y, caso de haberlas, pueden echar mano de las mismas para aplicarlas á hechos acontecidos antes de que éstas fuesen publicadas.

Digitized by Google

ley nueva comprende hechos antes no legislados, que si reforma las prescripciones de una ley anterior, que se ha llegado á reconocer injusta; pues tanto en uno como en otro caso, la situación que regula la ley recientemente promulgada se reconoce ser *más justa* que la precedente, y no se ve razón alguna para no remediar, hasta donde sea posible, la injusticia creada al amparo de la situación anterior (*ex lege* ó legislada). Claro está que dicho efecto retroactivo no puede jamás ser absoluto, porque nunca es dado reconstruir en cada momento *todo* el pasado: cuanto más tiempo haya estado vigente la legalidad derogada; cuanto más remoto esté el origen de las relaciones é instituciones engendradas bajo el imperio de la misma, tanto más profundas serán las raíces que aquéllas hayan echado, tanto mayor el número de nexos que hayan establecido y tanto más imperiosa la necesidad de respetarlas, para no producir trastornos y quebrantos (injusticias) en el organismo social en que pretende introducirse la reforma (1). Las leyes nuevamente

(1) Nueva confirmación de que sólo abstractamente puede hablarse de una justicia absoluta, y de que la verdadera justicia, la justicia real, es siempre relativa y consiste en satisfacer las exigencias de la realidad y de la vida en cada caso concreto. A llevar las cosas á rigor de lógica, los defensores de un orden inmutable de justicia, al cual van acercándose gradualmente los hombres y el cual van poco á poco traduciendo en sus leyes, debieran defender la retroactividad de éstas sin limitaciones de ningún género: pues siendo las nuevas leyes más justas, absolutamente, que las anteriores, deberían echar por tierra *todas* las injusticias creadas al amparo de estas últimas, para rehacer *ab initio* el mundo social, asentándolo sobre bases justas. Según este sistema de ideas, la prescripción, lo mismo de derechos que de delitos, debiera ser inadmisible, porque lo injusto jamás puede llegar á trocarse en justo, por mucho que sea el tiempo transcurrido desde la comisión de la injusticia originaria y por muchas que sean las consecuencias que tal injusticia haya producido: tan pronto como se advierte la injusticia, deben anularse todos los efectos que haya podido producir, sin contemplaciones de ningún género, y volver á poner las cosas en la misma situación en que estaban antes de cometerse aquélla. *Quod ab initio vitiosum est* ... Otro tanto puede decirse de la legitimación de los hijos ilegítimos y de varias instituciones que admiten los partidarios de una justicia inflexible y rígida, y que están reñidas

Digitized by Google

dadas tendrán, pues, un efecto retroactivo más ó menos extenso, según los casos y las necesidades. Ahora bien: estos casos y estas necesidades no pueden fijarse de antemano; por eso se impone aquí, como en otras ocasiones, el arbitrio judicial: los jueces y tribunales serán quienes determinarán cuándo las leyes han de retrotraerse á tiempos anteriores á las mismas, hasta dónde y á qué relaciones y consecuencias jurídicas ha de extenderse la retrotracción. La justicia de la ley y de sus efectos no puede determinarse *a priori*, sino que la han de determinar en cada caso los encargados de aplicarla.

La generalidad de los autores, sin embargo, considera como axioma poco menos que indiscutible el de la irretroactividad de las leyes; bien es verdad que luego admiten la retroactividad de las mismas en multitud de ocasiones (1). Y el fundamento principal, si no el único, de tal axioma es el que se llama de los *derechos adquiridos*. «La ley nueva—se dice—debe respetar los derechos adquiridos.» Mas, esto de los derechos «adquiridos» es una pura ficción, un convencionalismo arcáico, que habrá de ir desapareciendo con el tiempo, y cuyo origen ha de encontrarse en la propia corriente individualista de constitución y afirmación de la personalidad individual frente á la del Estado; en aquella corriente, que erigió al individuo en centro y eje de la vida moral y social, y al Estado en un servidor suyo, y contra

---

con ésta y declarando á voz en grito que la única justicia que para ellas existe es la consistente en atender á las necesidades de cada momento.

(1) «El principio de la no-retroactividad, con ser proclamado por los más casi como absoluto, admite, no obstante, de hecho numerosas excepciones, dictadas, unas veces, por la naturaleza de las relaciones mismas, otras, por consideraciones más ó menos vagas de equidad. Así se estima, por regla general, que es retrotraible toda disposición relativa á la capacidad: como la que señala el término á la mayor edad, ó la que reconoce á la madre viuda la patria potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados» (Giner y Calderón, ob. cit., pág. 201). Es decir, que aquí, como en tantas otras cosas, los defensores de la justicia *en línea recta*, después de sentar principios abstractos con el carácter de *absolutos*, los convierten en *relativos*, estableciendo casos en los cuales aquellos principios se rompen por exigencias de la realidad.

Digitized by Google

la cual reacciona por modo tan poderoso la sociología contemporánea (1). En el proceso de la evolución social, están á la continua cambiando los factores que la constituyen, y están cambiando también las concepciones del sujeto respecto de los mismos (según se avanza en el conocimiento de las fuerzas naturales y sociales, de su valor y eficacia, de los engranajes y cruces de unas con otras): ó lo que es lo mismo, están cambiando sin cesar las necesidades y los medios para satisfacerlas, la posición de los individuos en el seno de la realidad social; en suma, los *derechos* y las *obligaciones*. Tales alteraciones llevan consigo una modificación incesante en la justicia de las relaciones de la persona dentro de la colectividad á que pertenece y con las cosas todas de la naturaleza; pasando á ser injusto lo que ayer era justo, y al contrario; por tanto, es imposible hablar nunca de *derechos adquiridos* de un modo definitivo y á perpetuidad (2).

---

(1) V. Giner, *Un nuevo libro de Schäffle*, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 85, 1894, págs. 518 y siguientes.

(2) Se ha indicado en el texto que la fuente de éste, que ya hoy podemos llamar «prejuicio» de los derechos adquiridos, debe buscarse en el movimiento individualista que por tanto tiempo ha venido dominando y cuyos efectos persisten aún en nuestras sociedades. Y así es, en efecto. Por un lado, el influjo de la escuela del derecho natural, que hablaba de una justicia inmutable, fundada en la propia naturaleza humana, igual absolutamente en todos los individuos, hizo que se considerara, no sólo que á éstos les corresponden, por el mero hecho de ser hombres, ciertos derechos que nunca pueden perder, que ni ellos mismos pueden renunciar, sobre los que al Estado no le es permitido reglamentar (los derechos innatos, primitivos etc.); sino que de aquellos otros derechos que los individuos adquirieran al amparo de un orden legal determinado (derechos adquiridos, derivados, etc.), no podía jamás privárseles por otro orden legal posterior, sin violar los preceptos de la justicia absoluta. Naturalmente, esta concepción tuvo (claro está) su fundamento: la necesidad de afirmar la existencia de una esfera de derecho en la persona individual, contra la omnipotencia del Estado y de sus poderes, que hasta entonces la habían desconocido. Por otro lado, puestas ya frente á frente las dos entidades, individuo y Estado, cuyos intereses se consideraban antitéticos, de manera que lo conveniente para el uno había de ser perjudicial para el otro, y vice-

Digitized by Google

89.—Generalmente (1), los escritores suelen sentar como regla—que reproducen los Códigos de todos los países (2)—la

---

versa, y dado el predominio del sentido antiabsorbente (antisocial, podríamos decir) de los tiempos, el resultado tenía que ser el constituir como criterio de la vida moral y jurídica el egoísmo, el culto del interés particular, declarando estable, intangible, definitivamente adquirido, todo cuando redundase (ó se juzgara que redundase) en provecho del individuo, aunque perjudicara á la colectividad, con tal de que hubiera habido alguna ley, por efímera que fuese, cuya protección pudiera invocarse, alguna costumbre, ó cualquiera otro título, que más ó menos pertinentemente se pudiese hacer valer como justificativo. Las leyes que nuevamente se dieran tenían que respetar los «derechos adquiridos», esto es, toda aquella série de relaciones de las cuales uno ó varios individuos pudieran obtener beneficios en daño de la colectividad. Por ver las cosas á la luz de este criterio egoísta y antisocial, es por lo que, si las leyes que anulasen ó mermasen los «derechos adquiridos» no podían tener efecto retroactivo, sí podían tenerlo y lo tenían las leyes que anulasen ó mermasen las *obligaciones* contraídas con arreglo á una situación legal anterior, y aquellas otras que creasen algún derecho nuevo, ó de cualquiera forma beneficiasen el interés individual.

Pero estas dos concepciones van ya, afortunadamente, de vencida en la ciencia, y es de esperar que vayan poco á poco desapareciendo también en la práctica, para ser reemplazadas por otras, que ya se anuncian con gran empuje, á saber: la de la justicia relativa de cada caso y momento, y la de la solidaridad ó inseparabilidad de los intereses individual y colectivo. Cuando estas dos nuevas concepciones predominen, la teoría de los «derechos adquiridos» pasará á ser un recuerdo histórico; y los jueces no tropezarán con este obstáculo, para dar á las leyes (si las hay) efectos retroactivos; antes bien, se creerán en la obligación de dárselo, siempre que sea posible y hasta donde sea posible.

(1) *Generalmente*, se dice, porque, como el principio de la no retroactidad sufre numerosas excepciones, hasta el punto de que éstas sobrepujan al número de casos en que aquél se aplica, algunos autores han establecido como regla la retroactividad de la ley penal y solamente como excepción su irretroactividad.

(2) El art. 3.° de nuestro Código civil preceptúa que «las leyes (*todas* las leyes) no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario». Igual disposición suele encontrarse en los códigos civiles de otros países (art. 2.° del código civil francés, art. 2.° del código civil italiano, reproducción fiel del anterior, etc.). Los códigos penales también la consignan (véase el artículo 22 del español, el 4.° del francés, el 2.° del italiano, el 2.° del belga,

Digitized by Google

de que las leyes penales, igualmente que las demás, carecen de efecto retroactivo; y aun cuando acuden, para justificar su aserto, á más de un motivo, el fundamental es siempre el de los derechos adquiridos por el delincuente, ó sea, que éste no puede ser castigado con arreglo á una ley que no existía al tiempo de cometerse el delito, y que, por lo mismo, no pudo violar (1). Es, en último resultado, una nueva manifestación de la reacción individualista y antiautoritaria á que tantas veces nos hemos referido, la cual domina de un modo tiránico en el derecho penal reinante. Pues, en efecto, mientras el principio de la no retroactividad de las leyes en general es un principio de *interpretación* judicial, es una regla que se da al juez para la aplicación de las leyes, el principio de la no retroactividad de las penales es un principio *constitucional*, una *garantía constitucional*, uno de los derechos adquiridos por los ciudadanos frente al poder social, es decir, uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable del indivi-

---

el 1.° del portugués, el 2.° del alemán, etc.). Y la consignan así bien los proyectos de nuevos códigos penales (v. gr., el proyecto de código penal suizo, art. 4.°; el proyecto de nuevo código penal francés, art. 3.°; el austriaco, art. 2.°; el húngaro, etc.).

(1) «Es indispensable—dice Garraud—que la ley positiva, que es esencialmente declarativa de la moralidad de las acciones humanas desde el punto de vista social, proclame y haga conocer, *de antemano*, lo que ordena, ó lo que prohibe. Mientras no lo haga, los ciudadanos ESTÁN EN EL DERECHO de creer que lo que no está prohibido está permitido, y que lo que no está mandado es indiferente» (Ob. cit., I, pág. 179). En otros lugares habla también de un modo terminante de *derechos adquiridos* por el delincuente (véase ob. cit., I, pág. 187). «El hecho realizado bajo el imperio de la ley antigua ha concedido al delincuente el DERECHO de no ver empeorada su suerte por virtud de las nuevas ideas del legislador. El delito es un ente jurídico, constituído por la relación de contradicción entre un hecho y la ley; y no puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que *todavía no existe*» (Carrara, ob. cit., § 756, t. II, págs. 267-268). Esto mismo dicen, de un modo más ó menos explícito, la generalidad de los autores (véase Trébutien, ob. cit, I, pág. 150 y otros).

Digitized by Google

duo (1). Si á éste no se le puede castigar con arreglo á una ley que aun no existía al tiempo de cometer el acto, es porque no lo consiente su propio inamisible derecho, y ni el mismo le-

(1) Los lectores sabrán perdonarnos la insistencia, quizá enfadosa, con que nos estamos refiriendo á cada paso al movimiento individualista y revolucionario. El derecho penal actual es hijo directo de tal movimiento, y es imposible que nos expliquemos las instituciones del mismo, sin buscar las causas *históricas* que las han engendrado. Las instituciones sociales, lo mismo que los seres todos de la naturaleza, no pueden ser bien comprendidas, sino averiguando cuál haya sido su *génesis;* y esto es lo que nosotros procuramos hacer con la teoría corriente acerca de la no retroactividad de las leyes penales, lo mismo que procuramos hacerlo con respecto á todas las demás teorías de derecho criminal.

Ahora bien: la corriente codificadora que trajo consigo la revolución francesa, y que se propagó por todas partes con gran rapidez, significó, entre otras cosas, la consagración de una esfera de derecho que corresponde al individuo frente al Estado; esto es, la consignación legal de todo un conjunto de derechos fundados en la propia naturaleza del hombre (según había venido diciendo la escuela del derecho natural, desde Grocio hasta Kant y Rousseau), y que el poder social no podía mermar ni desconocer sin cometer injusticia. Desde ahora, la ley, el código, fué (en teoría, por lo menos, ó mejor dicho, como aspiración ideal, que aún no es un hecho práctico) superior á los poderes y órganos del Estado, y el individuo buscó en ella el escudo y amparo contra los abusos y arbitrariedades de éstos, antes tan frecuentes. Uno de los preceptos en que se tradujo el espíritu del movimiento fué el de la no retroactividad de las leyes (de todas las leyes); pues claro está que, si éstas son el baluarte de los ciudadanos contra los posibles atropellos de los órganos del Estado, tales órganos no pueden aplicarlas á hechos acontecidos antes de la publicación de las mismas: tanto valdría esto, como incidir en el defecto que se trataba de corregir y dejar nuevamente á merced de los funcionarios judiciales, administrativos, etc., los derechos de la personalidad individual, á tanto precio conquistados. Pudiendo darse á los preceptos incluídos en los códigos efecto retroactivo, la vida de los ciudadanos quedaba en completa inseguridad y en constante peligro. Por lo cual, así como fué un principio constitucional el de que no había más derecho que el consignado en la ley y el de prohibir á los encargados de administrar justicia echar mano de otros preceptos de derecho que la ley, de otras fuentes jurídicas, de la costumbre, de la jurisprudencia, de la ciencia, de la equidad, etc., así también fué otro principio constitucional el de que la ley, única fuente de derecho, no pudiera tener efecto retroactivo. De tal manera es esto cierto, que, segun la Constitu-

Digitized by Google

gislador tiene facultades para saltar por encima de él, sin vulnerarlo, imponiendo al ciudadano una pena que, con arreglo á la legalidad estricta, que es su escudo y su salvaguardia, no

---

ción fr ,cesa de 24 de Junio de 1793, art. 8.°, «el dar efecto retroactivo á la ley e un crimen»; y el art. 14 de la *Declaración de los derechos y deberes* que precedió á la constitución de 5 fructidor, año III, proclamó como un principio constitucional el de que «ninguna ley, *ni criminal ni civil*, puede tener efecto retroactivo».

Pero, lo mismo que el principio, según el cual no hay más fuentes de derecho que la ley, se ha ido lentamente relajando en cuanto concierne al orden civil, á medida que el peligro que le dió vida va desapareciendo, esto es, á medida que hay menos temor de que los poderes del Estado atropellen los derechos constitutivos de la personalidad del individuo, y en su lugar se ha ido sustituyendo, primero en los tratadistas y después en los códigos, la doctrina del arbitrio del juez y de la facultad, y aun obligación, de éste para administrar justicia en nombre de otras fuentes de derecho que no sean la ley, cuando ésta sea oscura ó deficiente; de la propia manera, el principio de la retroactividad de las leyes civiles ha dejado de ser ya un principio constitucional y se ha convertido como en un consejo que se da á los jueces por el legislador, cuando se halla escrito en los códigos, y por los tratadistas en otro caso. Mas tal principio no es tan absoluto que no sufra multitud de excepciones, ni por lo demás, va hoy unido de manera tan inseparable á los derechos que se dicen imprescriptibles del individuo, que su inobservancia ponga en gran peligro la personalidad de éste. Y es que, por un lado, la administración de justicia en lo civil ha llegado ya á ser considerada como función esencialmente buena y conveniente para *todos*, sin que en ella se vean en lucha el interés del individuo y el de la colectividad; antes bien, se estima que son solidarios, por lo cual los temores de abuso por parte de los legisladores y de los jueces, ó no existen, ó son escasos; por otro lado, va ya siendo bastante fuerte la conciencia social, la opinión pública, en cuanto se refiere á la personalidad civil del individuo, á sus derechos civiles, para servir de freno á los abusos y arbitrariedades de los poderes del Estado y para pedir cuenta á éstos de tales abusos, si es que los cometen.

Muy otra cosa sucede en el orden penal. Aquí, como quiera que la administración de justicia es, *por su propia naturaleza, perjudicial para el individuo*, y constituye un *constante y serio peligro para la personalidad de éste;* y como quiera que la opinión no es lo bastante sólida para exigir á los funcionarios encargados de dicha administración cuenta de sus desmanes, extralimitaciones y atropellos, en nombre de los derechos del individuo mismo ofendido (porque la colectividad no se siente lastimada con dicha ofensa, sino defendida, supuesto

Digitized by Google

ha merecido. Se equivocan, pues, á nuestro juicio, aquellos escritores que creen que la no retroactividad de las leyes penales ha dejado de ser un principio constitucional, porque ya no suele figurar en las constituciones escritas (1); lo mismo que

---

que los intereses del reo y los de la sociedad, lejos de estimarse solidarios, se juzgan antitéticos); el principio de la no retroactividad sigue siendo un principio constitucional, como sigue siéndolo también el de la no existencia de otras fuentes de derecho en materia penal más que la ley. Poco importa que esté ó no consignado en las constituciones (suele estarlo, de un modo más ó menos directo, como en los artículos 16 y 76 de la vigente en nuestro país), tan explícitamente como lo estuviera en otros días, ó que solamente lo esté en las leyes (art. 3.°, cód. civ. y 22 cód. pen.): pues es indudable que las penales no tienen retroacción, hoy por hoy, porque, de tenerla, se atentaría á la *intangible* personalidad del individuo, á los derechos adquiridos por éste, y el legislador que se la diera, los desconocería, é incurriría en la censura de violador de la llamada «parte dogmática» de la Constitución.

Como constitucional es considerado tal principio por bastantes escritores. «Semejante máxima (la de la no retroactividad de las leyes penales)—dice Olivi, reproduciendo ideas de Gabba,—puede justificarse *con criterios tomados á las franquicias constitucionales* y con la consideración de que *hay que preservar á los culpables de los posibles abusos por parte de los* LEGISLADORES, quienes podrían introducir en la nueva ley nuevos delitos ó aumentar la severidad de las penas, únicamente por odio ó pasión de partido, como la experiencia enseña que ocurre de cuando en cuando. Y concluye Gabba diciendo: «Hicieron muy bien aquellos legisladores y pueblos que escribieron el gran principio de la no retroactividad de la ley penal en los llamados *Estatutos* ó *Cartas constitucionales;* SU EJEMPLO DEBERÍA SER IMITADO POR TODOS LOS DEMÁS». (Gabba, ob. cit, II, pág. 317, citado por Olivi, ob. cit., página 505.) También Trebutien (ob. cit., I, p. 145) y Le Sellyer (*Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité,* 2.ª edición, París, 1874, tomo I, páginas 357-58) parece que consideran como constitucional la máxima de la no retroactividad de las leyes penales.

(1) Tal ocurre con Garraud, el cual dice que, por haber dejado de consignarse el repetido principio en las constituciones y no hallarse inscrito sino en los códigos civil y penal, obliga tan sólo á los tribunales, pero no al legislador. (Ob. cit., I, pág. 180.) El razonamiento no nos parece concluyente. Las constituciones escritas van poco á poco prescindiendo de la parte que se dice «dogmática», esto es, de aquélla en que se consignan los derechos de la personalidad (cabalmente, Francia, el país por antonomasia de las constituciones escritas y de las declaraciones de derechos, ha sido la primera que ha

Digitized by Google

se equivocan también aquellos que dicen que la no retroactividad no puede fundarse en los derechos adquiridos por el reo, porque las normas de derecho punitivo no se hallan establecidas en interés privado, sino *principalmente* en interés general (1).

---

dado este paso: sus leyes constitucionales de 1875 y reformas posteriores no contienen nada tocante á los derechos del hombre y del ciudadano; la regulación de estos derechos es cosa que queda encomendada á las leyes ordinarias); y no por eso puede decirse que tales derechos hayan dejado de ser constitucionales, ni que el legislador, al hacer las leyes, no esté obligado á respetarlos. (Véase sobre esto los tratadistas de derecho constitucional; por todos, Posada, *Tratado de derecho político*, t. II, Madrid, V. Suárez, 1894, lib. IV, sobre todo cap. III, y los autores allí citados.) Lo que hay es que tales derechos forman ya parte de la constitución real, digámoslo así, orgánica, interna, de los pueblos, tienen suficiente garantía en la conciencia nacional, en la opinión de la masa social, y no necesitan estar garantidos en la constitución legal; su existencia se ha consolidado en los pueblos civilizados; su noción, por así decirlo, se ha incorporado al patrimonio de ideas de éstos, por asimilación. En ninguna parte están escritos los derechos del hombre á la vida, á la dignidad, etc., y sin embargo, nadie negará que son derechos constitucionales, que el Estado y sus órganos, el legislador, por tanto, no pueden violar ni desconocer.

Pues algo análogo sucede con el principio de la no retroactividad de las leyes penales, el cual representa una de las formas de garantía del derecho de libertad y seguridad personal: dicho principio ha pasado de la constitución escrita, exterior, á la constitución no escrita, interior. Ni se concibe que semejante principio desaparezca en un régimen social saturado de estas dos concepciones: la individualista y humanitaria de la revolución francesa, y la de la pena como un mal: esto supondría un retroceso á sabiendas y un volver las cosas al estado en que se hallaban antes de realizarse el cambio traído por aquella revolución, cambio que se tiene por un adelanto.

(1) «Es indudable que las normas del derecho punitivo trascienden de la esfera del interés privado y se hallan establecidas *principalmente* con el propósito de proveer á los intereses generales de mantenimiento del orden» (Olivi, ob. cit., pág. 492). «Las normas del derecho punitivo tienen por *principal* y directo objetivo el interés general del orden social jurídico, y á este interés deben subordinarse *siempre* los intereses individuales» (Id., id., página 507). De aquí que la no retroactividad de la ley penal se otorgue, «no ya en virtud de derechos adquiridos por el reo, los cuales son inconcebibles en la esfera del derecho penal riguroso, sino más bien en virtud de derechos ad-

Digitized by Google

90. Justamente por la diferencia de carácter que á la retroactividad de las leyes se atribuye, según se trate de las leyes en general ó de las leyes penales, es por lo que, respecto

---

quiridos por la colectividad social del pueblo organizado en estado» (Idem, id., pág. 494). Seguramente, el interés social es lo que debe constituir el criterio informador y directivo de las leyes penales; pero no un interés social *opuesto* y *antitético* con el interés individual, sino comprensivo de éste, armónico y solidario con éste. Tal solidaridad sólo es posible lograrla, como ya queda apuntado, con la consideración de la pena como un bien para todos, incluso para el mismo que la sufre. Pero con la consideración corriente de la pena como un mal, que es también la de Olivi, aquellos dos intereses son contrarios, inconciliables; y por más que se asiente como tesis teórica y abstracta la de que la administración de justicia penal está establecida en interés social, lo cierto es que semejante tesis sólo tiene eficacia real en cuanto lo consienten las tesis opuestas, hijas de la corriente individualista y humanitaria, de que también el reo tiene su interés, el cual no debe ser suplantado por el interés social; de que todo caso de duda y de conflicto entre las dos partes encontradas se debe resolver *pro reo*, etc. Y tan cierto es que se trata de dos intereses refractarios y que no se puede tomar como criterio penal (en la doctrina corriente) ninguno de ellos, con exclusión del otro, que el mismo Olivi, por un lado, no se atreve á decir que las normas de derecho punitivo tengan por objeto *único* tutelar los intereses sociales, sino que esta tutela es su propósito *principal*, reconociendo, por consecuencia, que hay otros intereses (los individuales) que también requieren tutela, aunque *subordinados (a)*; y por otro, no se atreve á pedir la retroacción de las nuevas leyes penales (establecidas en provecho social), aunque sean más severas que las leyes antiguas, y no la pide, como debía, para ser lógico, justamente porque, de retrotraerlas, se *perjudicaría* al reo, el cual, «cuando realizó la acción, no conocía aun la nueva ley, y por tanto, ésta no pudo ejercer sobre él eficacia preventiva; puede asegurarse (?) que, si el agente hubiera conocido los preceptos de la ley futura, quizá se hubiera abstenido de perpetrar el delito. En efecto, los *límites* de la imputabilidad del culpable resultan trazados por la ley en vigor *al tiempo de cometerse el delito*, y parece *absurdo* que, si

---

(a) Esta subordinación no podrá ser arbitraria, sino según exigencias de razón, exigencias reales; de otro modo, no sería subordinación del interés individual al social, mas absorción completa del primero por el segundo, ó sea negación del interés individual. Hay, por consiguiente, que respetar el interés (derecho) del individuo, del reo, como persona, en cuanto sea respetable; ó lo que es igual, hay que conciliar los dos términos opuestos, hay que respetar los derechos que á uno y á otro correspondan.

Digitized by Google

de las primeras, si el principio no es absoluto, sufre pocas excepciones (1); mientras que, respecto de las segundas, las excepciones son tantas, que sobrepujan con mucho á los casos en que la regla tiene aplicación. De aquí que algunos autores —quizá los que en este punto entreven, sin darse clara cuenta de ello, el futuro sentido de la función penal, y representan, también sin pretenderlo, el primer movimiento de reacción contra el espíritu antiguo de la misma—se separen de la opi-

---

entonces no existía tal imputabilidad, venga á nacer *después*» (Id., id., páginas 497 y siguientes). Ahora, ¿qué es esto, sino afirmar que, al tiempo de la promulgación de la nueva ley más severa, había *adquirido* el delincuente el *derecho* á ser juzgado con arreglo á la legislación anterior? Olivi hace supremos esfuerzos por sacar á salvo ideas y principios que se repelen, pero no logra lo que se propone, porque no es posible lograrlo; y ora se atiene á una tesis verdadera, ora la abandona, para refugiarse en la tesis contraria. Le sucede inevitablemente lo que á casi todos los penalistas modernos, sea cualquiera la escuela ó dirección á que pertenezcan, á saber: empeñarse en lo imposible, en exponer teorías y soluciones nuevas, hijas de la concepción nueva de la pena como un bien, concepción que se va imponiendo, aunque de un modo inconscio é irreflexivo la mayoría de las veces, por muchos conductos y viniendo de orígenes diversos, y en seguir inspirando esas soluciones y teorías en el espíritu antiguo, que las repele, en el de la pena como un mal. En suma, no se trata aquí de otra cosa que de una de tantas manifestaciones del estado de transición en que nos hallamos del régimen penal del pasado al régimen penal del porvenir, muy diferente del primero.

O se concede efecto retroactivo á las leyes penales, lo mismo á las más severas que á las más benignas, como es obligado en un sistema penal en que la pena sea un medio de derecho, ó si se les niega este efecto á las primeras y no á las segundas, la razón de la negativa no puede ser otra que la de los derechos adquiridos por el reo á ser juzgado por la ley vigente á la época de la comisión del delito; razón que, ya se comprende, es una consecuencia de la idea de que la pena es un mal, un castigo, y de las demás inseparables de ella (humanidad, derechos de la personalidad, etc.), desde el siglo pasado acá.

(1) Y aun éstas, por los motivos fundamentales, de que á lo favorable debe darse toda la extensión posible, de que la humanidad exige que se otorguen derechos y facultades á todo el mundo, cuando no se perjudique á terceros, etc: en una palabra, por las mismas razones por las que se concede efecto retroactivo á las leyes penales más benignas.

Digitized by Google

nión corriente (1); y, en vez de sentar como principio el de que las leyes penales no tienen efecto retroactivo, sienten el contrario, ó sea que tienen efecto retroactivo, y que lo excepcional es que no lo tengan, cuando sean más severas que la legislación anterior (2). Pero, lo mismo la solución de los unos que

---

(1) Véase, sobre esta opinión: Rauter, *Traité théorique et pratique du droit criminel français*, París, 1836, t. I, pág. 54; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6.ª ed., París, 1887, t. I, págs. 40 y sigs.; Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, 2.ª ed., París, 1878, t. I, págs. 144 y sigs.; Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 5.ª ed., París, 1891, págs. 95 y sigs.; Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, 2.ª ed., París, 1888, t. I, págs. 46 y sigs.; Boitard, *Leçons de droit criminel*, 13.ª ed. revisada y puesta al corriente de la legislación por E. Villey, París, 1889, págs. 41 y sigs.; Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, 2.ª ed., París, 1874, t. I, págs. 354 y sigs.; Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, París, 1888, págs. 178 y sigs.; J. Vidal, *Cours résumé de droit pénal*, París, 1894, pág. 300; F. Kobner, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., Munich, 1891, págs. 20-21; F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., Berlín, 1894, págs. 74-75; Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte general, 7.ª ed., Luca, 1890, t. II, §§ 748 y sigs., págs. 263 y sigs.; Arabia, *Principii del diritto penale applicati al Codice italiano*, Nápoles, 1891, pág. 69; S. Serafini, *Codice penale per il regno d' Italia, illustrato con la dottrina e la giurisprudenza*, Pisa, 1892, págs. 5 y sigs.; Travaglia, *Il nuovo codice penale italiano* (comentario teórico-práctico), Roma, 1889, t. I, págs. 35 y sigs.; J. B. Impallomeni, *Il Codice penale italiano illustrato*, Florencia, 1890, t. I, págs. 67-68; Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del Codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Florencia, 1884, libro I, págs. 16 y sigs.; De Bonis, *Il diritto penale italiano nelle due scuole predominanti*, Roma, 1893, págs. 183 y sigs.; Pessina, *Elementos de derecho penal*, trad. esp., Madrid, 1892, parte primera, págs. 128 y sigs.; P. Fiore, *De la irretroactividad é interpretación de las leyes*, trad. esp., Madrid, 1893, págs. 393 y sigs.; García Goyena, *Código criminal español, según las leyes y práctica vigentes*, Madrid, 1843, t. I, pág. 28; Vicente y Caravantes, *Código penal reformado, comentado novísimamente*, Madrid, 1851, págs. 11 y sigs., 128 y sigs., 130 y sig.; Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, sexta edición, Madrid, 1888, t. I, pág. 294; Vizmanos y Alvarez, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, t. I, págs. 208 y sigs.; Ramiro Rueda, *Elementos de derecho penal*, 2.ª ed., Santiago, 1889, t II, págs. 18 y sigs.; Valdés Rubio, *Programa razonado de un curso de derecho penal*, Madrid, 1892, t. I, págs. 352 y 447, etc.

(2) Esta es la doctrina que profesan Olivi (ob cit.), Gabba (*Teoria della*

Digitized by Google

la de los otros es ilógica é indefendible, aun desde el punto de vista que respectivamente adoptan: por eso, todos ellos tienen que confesar que el principio que defienden, ora sea el de la retroactividad, ora el de la no retroactividad, no es absoluto (1);

---

retroattività delle leggi, Turin, 1884), citado por Florian (*La Scuola positiva*, t. IV, 1894, pág. 492), y otros. Geyer (*Compendio para conferencias sobre derecho penal común alemán* «Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht», Munich, 1884) sienta aún con más resolución que los anteriores el principio de la retroactividad, admitiendo únicamente, como excepción al mismo, la no retroactividad de la ley más severa en cuanto á los delitos *juris civilis*. «Debe establecerse como regla, dice, la de la eficacia retroactiva de la nueva ley penal, no siendo posible hablar de *derechos adquiridos* por el delincuente á ser juzgado y penado con arreglo á la ley vigente al tiempo de cometerse el delito. El Estado manifiesta implícitamente, por medio de la nueva ley penal, su convicción de que el ejercicio justo (jurídico) de su potestad punitiva se apoya de ahora en adelante (hasta tanto que la legislación cambie) en los preceptos de la nueva ley que acaba de dar, no en los de la antigua, contrarios á aquéllos. Unicamente debe pedirse la no retroactividad de la ley más severa, cuando se trate de un *delictum juris civilis*. Si, por el contrario, en la mayoría de las nuevas leyes se suele proclamar como principio *general* el de que las leyes más severas no tienen eficacia retroactiva, lo que con esto se busca es tan sólo dar satisfacción á los sentimientos de humanidad y poner un obstáculo á las arbitrariedades del Ministerio de Justicia y del soberano» (Obra citada, tomo I, pág. 89).—Como se ve, Geyer es más lógico que otros autores, al pedir la retroactividad de las leyes penales como regla general; pero no acaba de serlo, porque niega á dichas leyes efectos retroactivos cuando se trate de los que él llama delitos *juris civilis* (¿cuáles serán estos delitos? Suponemos que serán los que otros llaman delitos de derecho positivo, acciones indiferentes, pero prohibidas, *mala quia prohibita;* pero ¿cuáles son estas acciones, y cuál es el límite que las separa de los delitos «de derecho natural», de las acciones *mala in se*?)

(1) «El principio de la no retroactividad de la ley no es absoluto en materia penal», dice Carrara (ob. cit., § 755). Lo mismo dice Serafini (ob cit., pág. 5). Y lo mismo dicen, expresa ó implícitamente, los demás autores antes citados. Más lógicos eran aquellos jurisconsultos antiguos (Gandino, Baldo, Ranieri) que afirmaban la no retroactividad de las leyes penales *en todos los casos*, tanto cuando las nuevas leyes fueran más benignas, como cuando fueran más severas. (Véase Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, t. II, págs. 290 y sigs., citado por Olivi, ob. cit., pág. 495). También Bekker

Digitized by Google

ó bien se ven obligados á decir que «la cuestión de la retroactividad de las leyes penales *no es susceptible de una solución uniforme*» (1); ó reconocen que la lógica rigorosa obligaría á resolver *siempre* la cuestión en un determinado sentido, pero que razones de sentimiento y de humanidad, razones de repugnancia al rigor, aconsejan que se resuelva *á veces* en otro (2); ó aseguran que, sin faltar al principio absoluto de la *no retroactividad*, se puede y se debe aplicar la ley penal más benigna á casos que hayan tenido lugar antes de su promulgación, no ya dando á dicha ley efecto retroactivo, sino en virtud de otro principio distinto, que es el de la no *ultraeficacia* ó ultraactividad de la ley antigua derogada (3).

A pesar de esta variedad de posiciones y de juicios de los tratadistas tocante al problema que nos ocupa, hay una cosa en que todos están de acuerdo, á saber, el resultado á que llegan; este resultado es: que las leyes penales más severas no tienen nunca efecto retroactivo, mientras que, por el contrario, sí lo tienen las leyes nuevas más benignas. De manera que todos admiten esta base común; en lo único que difieren es en la apreciación de los motivos que la justifican (4).

---

propone esta solución, según dice Binding (*Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts*, 4.ª edición, *Introducción y parte general*, Leipzig, 1880, pág. 60). Y la propone asimismo Schwarze (*Der Wirkungskreis des Strafgesetzes betreffe der Zeit, des Raumes und der Personen.—Eficacia de la ley penal con relación al tiempo, al lugar y á las personas)*, en el *Handbuch (Manual)* de derecho penal, de Holtzendorff, t. II, pág. 26, citado por Florian, *La legge penale nel tempo*, en *La Scuola positiva*, t. IV, 1894, pág. 498. Seguramente que esta manera de resolver la cuestión es más conforme con las concepciones de la justicia absoluta, inflexible, en línea recta, en que pretenden inspirarse los penalistas clásicos, y á las que faltan cuando suponen que, *en situaciones completamente* iguales, semejante justicia exige unas veces aplicar la ley antigua y otras la nueva.

(1) V. Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3.ª ed., París, 1879, t. I, pág. 121, § 180.

(2) Esto es lo que Olivi dice de un modo categórico (ob. cit., págs. 492 y siguientes).

(3) Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Florencia, 1895, págs. 83 84.

(4) Binding (ob. cit., pág. 61) y Florian (loc. cit., pág. 492) indican tam-

Digitized by Google

Ahora bien: á nuestro juicio, es indudable que la verdadera razón de la retroactividad de las leyes penales en unos casos y de su no retroactividad en otros, no es ninguna de las que los varios autores se esfuerzan en buscar, sino la consideración de la administración de justicia penal como cosa mala y perjudicial para el individuo delincuente, y la necesidad de poner á éste al amparo de toda agravación ó exacerbación de penalidad. Es decir, que el único principio que rige en la materia es el principio individualista, humanitario y constitucional á que repetidamente hemos hecho referencia; no principio alguno racional, ni de justicia rigorosa. La ley nueva se retrotraerá á hechos pasados, si favorece al reo; no se retrotraerá, si le perjudica. Hacerlo de otro modo, sería desconocer los derechos imprescriptibles del individuo, negar su personalidad. Con decir esto, que es lo que expresa la verdad, lo que se halla en el fondo del pensamiento de los varios escritores, bastaba; y todos hubieran estado de acuerdo. Carrara concluye por hacerlo así. Después de haberse esforzado por justificar con varias razones de orden subordinado la consabida doble solución de ser las leyes penales retroactivas unas veces y no serlo otras, cierra la teoría, que antes ha desenvuelto, con la siguiente afirmación: «*Toda esta doctrina del influjo que la ley nueva puede ejercer sobre las penas aplicables á los hechos anteriores se resume en una sola fórmula*, QUE OFRECE LA SOLUCIÓN DE TODOS LOS PROBLEMAS Y DE TODAS LAS COMBINACIONES POSIBLES. *En la materia de que se trata*, PREVALECE SIEMPRE LO MÁS FAVORABLE AL ACUSADO. HE AQUÍ LA ÚLTIMA VERDAD, Á LA CUAL DEBE REFERIRSE LA TEORÍA DE QUE TRATAMOS» (1). He aquí, decimos nosotros, la afirmación única que el autor ha debido hacer; todas las demás que anteceden huelgan. He aquí también el único motivo que han

---

bién que el resultado práctico á que llegan, tanto los que se colocan en el punto de vista de la no retroactividad de las leyes penales, como los que se colocan en el de la retroactividad, es siempre el mismo.

(1) Carrara, ob. cit., § 778.

Digitized by Google

debido y deben invocar los escritores que llegan al resultado que Carrara, en apoyo de su tesis: las leyes penales se retrotraen, cuando favorecen al reo; no se retrotraen, si le perjudican.

Este es el estado de la opinión científica reinante. Ahora se comprenderá por qué «en el derecho positivo vigente en los países civilizados se consignan los dos siguientes principios: 1.°, ninguna acción puede ser considerada como delito, si no lo era con arreglo á la ley que se hallara en vigor en el momento y en el lugar en que haya sido realizada, y si no lo era con arreglo á la ley vigente en el momento y en el lugar del juicio; 2.°, en caso de ser diferentes la pena señalada por la ley anterior y por la posterior respecto de una acción considerada por ambas como delito, se aplicará siempre la ley que impone la pena menor» (1); y se comprenderá también por qué «el criterio del sistema legislativo actual se halla inspirado, *más bien que en necesidades racionales lógicamente deducidas de los fines del derecho punitivo, en la conveniencia de colocar al culpable en la posición menos grave que resulte de la comparación entre ambas leyes*» (2). ¡Esto dice un penalista clásico, un partidario de los principios de justicia inmutable y absoluta, que las leyes deben traducir, si han de merecer el nombre de tales! Afirmación que no debe sorprender, porque no es propia tan sólo de este lugar del sistema penal dominante; antes bien, resulta muy en armonía con el espíritu individualista que le penetra de medio á medio: es la afirmación que, en la materia relativa á la eficacia de la ley penal en el tiempo, corresponde á otras análogas de que nos hemos ocupado, al hablar de las fuentes del derecho penal y de la interpretación de las leyes penales.

---

(1) Olivi, ob. cit., pág. 481. Véase á este efecto Van Swinderen, *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays Bas et à l'étranger*, Groninga, 1891, t. I, páginas 50 55.

(2) Olivi, ob. cit., pág. 482.

Digitized by Google

91. Aun tenemos que insistir en el punto que nos ocupa, á fin de poner bien en relieve la arbitraria sinrazón con que proceden los escritores de materias penales, cuando tratan de la retroactividad ó irretroactividad de las leyes concernientes á este orden.

Los casos que pueden ocurrir son muy varios. Desde luego, el más frecuente es el de la promulgación de una ley nueva, que modifique la legislación penal anterior. ¿Cuál será la ley que los Tribunales deberán aplicar á un hecho realizado en el tiempo que media entre la publicación de ambas leyes? Claro está que, si se admite la regla de la no retroactividad, la ley que deberán aplicar es la antigua, lo mismo si es más severa que si es más benigna; y si, por el contrario, se admite la regla de la retroactividad, la ley aplicable será la ley nueva, tanto si perjudica al reo como si le favorece. Cualquiera de estas soluciones sería lógica (aunque no ambas acertadas), según el punto de vista que adoptase el escritor; sobre todo, si se atiende á que las leyes penales, según queda dicho, se dan, como deben darse todas las leyes, en interés de todos, en interés social, y no en interés de una ó pocas personas. Pero los tratadistas no suelen atender aquí á la lógica, sino que, haciendo caso omiso de ella, acuden, ora á la una, ora á la otra de las reglas enunciadas, y dan efecto retroactivo á la ley nueva si es favorable al reo, y se la niegan si le perjudica. Y para fundar esta doble contraria solución, se ven obligados á invocar principios opuestos, á saber: ya la *justicia* estricta y el interés social, ya la *humanidad*, la benevolencia y los derechos adquiridos por el reo, el interés de éste. Si la nueva ley es más benigna que la anterior, se le dará efecto retroactivo; y esto, «no ya en virtud de una máxima *humanitatis causa*, sino por un deber de justicia: ya que la mayor suavidad con que se pena el mismo delito por una ley nueva implica el reconocimiento que el Estado hace de la severidad injusta de la ley anterior, y estaría en contradicción consigo mismo el Estado que aplicara al delincuente lo que la conciencia jurídica ha declarado ser en

Digitized by Google

parte injusto» (1). Parece que este mismo razonamiento debería extenderse al caso en que la nueva ley fuese más severa que la anterior, y que debería reclamarse la aplicación de dicha ley nueva á los hechos delictuosos realizados con anterioridad «como un *deber de justicia*: ya que la mayor *severidad* con que se pena el delito por una ley nueva implica el reconocimiento que el Estado hace de la *suavidad injusta* de la ley anterior, y estaría en contradicción consigo mismo ese Estado si aplicara al delincuente lo que la conciencia jurídica ha declarado ser en parte *injusto*». Sin embargo, no se hace así; sino que, para justificar la no retroactividad de la nueva ley más severa, se echa mano de otro principio diferente del de la justicia. «*Por el contrario*, si la ley posterior es más severa, no se puede violar el *derecho adquirido* por el delincuente á ser castigado por la ley que estaba en vigor al tiempo de realizar el delito» (2).

La contradicción entre los dos argumentos empleados por Pessina, para sostener en unos casos la retroactividad y en otros la irretroactividad de las leyes, es tan evidente, que no puede menos de saltar á la vista. Pero es tal la fuerza que aún conserva el prejuicio individualista, y tan incorporadas se hallan al organismo mental de los escritores clásicos las concepciones de la pena como un mal y de que la administración de justicia penal se halla establecida en interés poco menos que exclusivo del reo, que dichos penalistas se ciegan hasta el punto de no advertir semejante contradicción, y la sostienen con la mayor naturalidad. «Nadie—dice Carrara—se atreve á afirmar que el principio de la no retroactividad debe callar *en odio* al delincuente. Si la nueva ley declara delito lo que no lo era, ó inflige á un determinado delito penas más graves de las que conminaba la ley precedente, en tal caso, el hecho que se realizó estando vigente la ley antigua ha dado al delincuente el *derecho* de no ver empeorada su suerte por las nuevas ideas del legislador.

(1) Pessina, ob. cit., trad. esp., I, pág. 129.

(2) Pessina, loc. cit. V. también Serafini, ob. cit, págs. 5-6.

Digitized by Google

El delito es un ente jurídico, constituído por la relación de contradicción entre un hecho y la ley, y no puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que *todavía no existe*. Pero en el caso contrario, el principio de la no retroactividad *debe ceder*, no sólo frente á consideraciones de humanidad ó de política (pues en tal caso el motivo no sería *jurídico)*, sino frente á preceptos de estricta justicia. ¿Qué dice la nueva ley que modifica la penalidad de un delito? Proclama que era *injusto* imponer á este delito la pena con que la antigua ley incautamente lo conminaba (1). Ahora, bajo el imperio de esta nueva ley, el magistrado aplicaría el rigor de la ley abolida, apoyándose en el pretexto de que, el día en que el delito se cometió, *se creía justa* la antigua ley penal, por virtud del error que hoy ha corregido el legislador. El juicio sería *secundum jus scriptum*, pero no *secundum justitiam* (2). Insistiendo en la idea de una *relación obligatoria* ya creada por la ley existente al tiempo del delito cometido, se caería en el error de aplicar en lo penal las reglas de los actos y convenciones civiles (3); y se

---

(1) Lo mismo debe decir la nueva ley en el caso de que sea más severa la pena que conmine á un delito; y precisamente porque debe decir lo mismo, no vemos la razón de aplicar el razonamiento presente tan sólo á la ley nueva más benigna.

(2) ¿Por qué razón no se invoca también esta *justicia* contra el *derecho estricto* en el caso contrario, esto es, cuando la ley nueva es más severa, igualmente que en la materia de fuentes del derecho y en la de interpretación de la ley penal, donde, según hemos visto, se prescinde de las exigencias de la verdad, de la realidad (de la justicia), para escudarse detrás del derecho *legislado*, del aforismo *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali*, del principio *non de legibus, sed secundum leges judicandum*, etc., etc.? No comprendemos cómo Carrara, y los demás escritores que se colocan en una posición análoga á la suya, no advierten lo deleznable, por ser ilógicos y contradictorios, de los fundamentos en que se apoyan. Si tales fundamentos son sólidos, deben valer para todas las doctrinas y para todos los casos análogos. Esto es lo que nosotros venimos tratando de hacer.

(3) ¿Y no se cae en este error, cuando se invoca el *derecho adquirido* por el delincuente á no ser castigado sino por la ley vigente al tiempo de cometer

Digitized by Google

convertiría el delito en un *cuasicontrato*. La imposición de la pena por parte del juez se refiere á la ejecución de la ley; pero como la ley nueva modifica la pena en beneficio del reo, viene á convertirse, por implícita necesidad, en un obstáculo para la ejecución de la ley anterior derogada. De aquí la regla según la cual la ley posterior *más benigna* se aplica también á los delitos *anteriores* que aún no hayan sido juzgados» (1).

Análogos fundamentos suelen aducir otros escritores para justificar la no retroactividad de las leyes penales nuevas, cuando sean más severas que las antiguas, y su retroactividad, cuando sean más suaves (2).

92. Pero no todos los tratadistas siguen la misma conducta que los anteriores. Hay algunos que han advertido el falso terreno en que aquéllos se colocan y la imposibilidad de mantener al propio tiempo los dos opuestos principios de la retroactividad y de la no retroactividad de las leyes penales, según los casos; y aun á riesgo de verse obligados á aplicar al delincuente una penalidad más dura que la establecida por la ley vigente al tiempo de darse el fallo, han negado á la ley penal carácter retroactivo en todos los casos y han afirmado que la pena aplicable es siempre la determinada por la ley del momento en que el delito se cometió, porque esta ley y no otra fué la violada (3).

Hay otros que ven también la contradicción entre los dos principios consabidos y lo imposible que es mantenerlos ambos, sin faltar á la lógica; pero, por otra parte, creen brutal é inhumano el no aplicar á los delincuentes los beneficios intro-

---

el delito, en el caso de que la ley nueva fuese más severa? ¿No se dice que el agente no pudo conocer otra ley, y por tanto, no se convierte el delito en un *cuasicontrato!*

(1) Carrara, *Programma*, parte general, t. II, Luca, 1890, §§ 756-759, páginas 267-270.

(2) Tal ocurre, por ejemplo, con Trébutien, ob. cit. I, págs. 146-47.

(3) Bekker, citado por Binding, ob. cit., pág. 60; Schwarze, citado por Florian, loc. cit. También Geyer viene á aproximarse á esta solución.

Digitized by Google

ducidos por una legislación penal nueva más benigna. El rigor del principio absoluto de la retroactividad (aun de la ley más severa), ó del principio absoluto de la no retroactividad (aun de la ley más suave), lo encuentran muy conforme con las exigencias intelectuales; pero se les ofrece como opuesto á las exigencias del sentimiento, del corazón. Entonces, ó se limitan á aceptar las dos soluciones que responden á las reclamaciones del afecto humanitario, pero sin razonarlas, ó intentan fundarlas en razones que más bien merecen el nombre de alambicadas sutilezas. Véase cómo discurren los que adoptan esta última posición, y dígase si la tortura á que someten el ingenio para encontrar á sus afirmaciones fundamentos que tengan la apariencia de filosóficos, tortura innecesaria y esteril, no proviene del prejuicio de que la administración de la justicia penal es mala por naturaleza; y dígase también si tal estado de cosas no se remedia de raíz transformando el concepto de esta administración en el sentido que venimos indicando en toda esta obra.

En sus *Elementos de procedimiento penal*, al ocuparse de la ley con relación al tiempo, se hace cargo Lucchini de varias hipótesis: que la ley anterior no considere como delito un hecho que considere como tal delito la ley posterior; que la ley posterior haya borrado del número de los delitos uno comprendido por la ley anterior; que ambas leyes, la anterior y la posterior, consideren como delito un hecho, pero lo castiguen diversamente. En el primer caso, encuentra aplicación el principio de la *no retroactividad*, según el autor, porque «es claro que la incriminación de la ley actual no puede legitimar la acción penal por un hecho que no constituía delito, conforme á la ley del tiempo en que se realizó; pues sabido es que el delito debe estar *previsto* por la ley, y si no lo está, no puede exigirse en el ciudadano la obligación de abstenerse de él, ni puede existir en el Estado el derecho de infligir la pena á quien lo cometa» (1). Como se ve, el razonamiento de Lucchini en defensa

(1) Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Florencia, 1895, pág. 83.

Digitized by Google

de la no retroactividad de la nueva ley más severa es en sustancia el mismo que el de los demás escritores, ó sea el de los derechos adquiridos por el delincuente á no ser castigado por un hecho que no penaba la ley del tiempo en que lo realizó; pues tanto vale decir que el ciudadano *no tiene obligación* de abstenerse de ejecutar otros hechos más que los prohibidos por dicha ley, y que el Estado *no tiene* tampoco *derecho* á infligir pena por los hechos que no estén legalmente prohibidos. Es también, bajo otra forma, el argumento basado en el aforismo *nullum crimen sine previa lege poenali*. Pero, además de que aquí puede repetirse lo que más atrás (cap. I) dejamos dicho con respecto á tal aforismo, bueno es advertir que, si hay ciertos hechos los cuales constituyen delitos *per se*, por su propia inmoralidad intrínseca, según dicen los defensores de un orden inmutable y absoluto de justicia, estos hechos serán considerados como delictuosos por todo el mundo, en cualesquiera circunstancias y aun cuando no los comprenda la ley (1); á ellos, por lo tanto, debe ser retrotraible la ley penal nueva que los castigue, no obstante haber sido realizados al amparo de otra legalidad anterior que no los comprendía; y esto, según el propio sistema general de los que rechazan tal retroactividad.

Con respecto á la segunda de las hipótesis anteriormente presentadas—que el hecho fuera delito según la ley vigente en el momento en que se cometió, pero no según la ley nueva—llega Lucchini á la misma solución que la generalidad de los escritores, pero por un camino diferente que éstos, por un camino más tortuoso. Hé aquí cómo se expresa sobre el particular: «Decían los antiguos prácticos, y repiten todavía los modernos teóricos, que en este caso hay que hacer una excepción á la no retroactividad de la ley, aplicando, por virtud de un

(1) Ya veremos en el capítulo siguiente cómo los mismos escritores que ahora lo olvidan hacen de esto un argumento en apoyo del principio *ignorantia legis non excusat*.

Digitized by Google

principio de benignidad y de indulgencia, la nueva ley al hecho anteriormente cometido. *Pero este razonamiento no es un razonamiento jurídico, y la benignidad no es un derecho* (1). Más bien

(1) La observación de Lucchini está muy en su lugar tocante al orden de ideas que hoy domina, según el cual, la justicia y la benignidad, el derecho y la beneficencia, la legalidad estricta y la equidad, el precepto y el consejo, los deberes perfectos y los imperfectos, son cosas diferentes; mas no podrá tener fuerza alguna con relación á otro orden de ideas, que parece va apuntando por muy varios conductos, y según el cual, lo moral, lo justo, lo legal, lo exigible, lo gratuito, lo que se debe *stricti juris* y lo que sólo se debe *gratis et amore*, son en sustancia una sola y misma cosa. Precisamente aquí, en el encuentro y fusión de los dos órdenes, que por tanto tiempo se han venido considerando como distintos y hasta opuestos *(a)*, á saber, el derecho y la moral, lo coactivo y lo no coactivo, es donde ha de verse el criterio superior con arreglo al cual han de venir á armonizarse ciertas corrientes que en la materia penal existen y que á primera vista parecen incompatibles, á saber: la corriente individualista, humanitaria, de benignidad ó indulgencia para con el delincuente (el principio *pro reo*, con todo lo que significa y con todas las consecuencias que de él se han sacado); la corriente, al parecer contraria, de la defensa social, de la justicia rigorosa (el principio *pro societate*); la corriente correccionalista, que reclama la mejora y la protección del delincuente por medio de la pena, como propio derecho suyo; la corriente antropológica, que ve en dicho delincuente un individuo, física, ó psíquica, ó á la vez física y psíquicamente inferior, que debe, por lo mismo, ser tratado como tal; la corriente sociológica, según la cual las causas generadoras de la delincuencia están en el ambiente social, que debe ser, por consecuencia, modificado, tanto en beneficio del delincuente mismo, como de

(a) La separación entre ellos, llevada á cabo, principalmente, por los escritores de la escuela del derecho natural, desde Grocio, y sobre todo desde Tomasio en adelante, fué un verdadero progreso, en cuanto sirvió para afirmar, frente á la hasta entonces absorbente, y casi puede decirse única, personalidad del Estado, la personalidad individual. Justamente á ese movimiento de separación entre la moral y el derecho, que venían preparando los tratadistas de la referida escuela, y que presentó y encarnó en la práctica la Revolución francesa, se debe la constitución de la personalidad (jurídica) del individuo, es decir, de una esfera de derecho que solo éste puede regir, que no tiene más juez ni más sanción que su conciencia *(moral)*, de una serie de derechos innatos, imprescriptibles, inalienables, que pertenecen á todo hombre por sólo el hecho de serlo, y sobre los cuales no puede legislar el Estado (órgano del *derecho* propiamente tal).

Digitized by Google

debe decirse que, aun cuando la sanción y la actuación de la ley incriminadora del hecho era anterior á la ejecución de éste, sin embargo, la persecución del mismo, y por consiguiente, la eventual condena de su autor, vendría á ser posterior á la derogación de la ley misma; con lo cual la ley anterior ya derogada vendría á tener una eficacia que traspasaría los límites legítimos de su vigor. *No es, por tanto, á causa de una excepcional retroactividad de la ley nueva, sino á causa de otro principio, del de la* no ultraactividad *de la ley antigua derogada, por lo que la segunda hipótesis debe resolverse, diciendo que no se puede ejercitar la acción penal por un hecho que, si bien era delito cuando se cometió, no la es ya según la ley vigente.*

»Las dos hipótesis—continúa el autor—y las soluciones correspondientes se pueden sintetizar, formando una sola regla común, expresada de esta manera: para que la acción penal sea legítima, debe referirse á un hecho que esté previsto por la ley vigente, tanto al tiempo en que se realizó, como al tiempo en que se sigue el procedimiento. O de otro modo: la

---

los demás hombres, la cual modificación no es mero acto de beneficencia, sino deber de justicia rigorosa, etc., etc. Esta conjunción y cooperación á un mismo fin, á la vez justo y humanitario, ó si se quiere, humanitario por ser justo y justo por ser humanitario, la van realizando, con la parsimonia con que es forzoso suceda para que la obra tenga solidez, las legislaciones positivas de los pueblos civilizados, mediante la introducción de sinnúmero de instituciones preventivas, que tanto, por lo menos, favorecen al reo mismo (beneficencia, benignidad) como á la colectividad (justicia). El monumento legislativo que acaso pueda considerarse hoy como el más adelantado en este respecto, es el proyecto de Código penal suizo. (V. acerca del mismo Ferri, en *La Scuola positiva*, t. III, 1893, págs. 701-707 y 753-759, y Lilienthal, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. XV, 1894-95, págs. 97 158 y 260-356.

Ahora, la afirmación de Lucchini, de que los teóricos modernos invoquen sólo el principio de la benignidad para dar efecto retroactivo á las nuevas leyes penales más suaves, no es exacto en absoluto, pues ya hemos visto que algunos de ellos (como Carrara, Pessina, Trébutien, Serafini y otros) acuden, para justificar la retroactividad de la ley en este caso, á la justicia estricta.

Digitized by Google

acción penal no es legítima, si no se funda en la ley anterior al hecho y en la vigente actualmente» (1).

La tercera de las hipótesis arriba mencionadas la resuelve Lucchini aplicando al procesado la ley más benigna, bien sea la anterior, bien la posterior. El autor dice que esta solución se apoya en los mismos principios y consideraciones anteriores. «Si las sanciones ó condiciones, escribe, son más graves, según la ley vigente, el *plus* ó exceso previsto por ésta no puede aplicarse, porque lo prohibe el principio de la no retroactividad; y si eran más graves las de la ley derogada, tampoco puede aplicarse el exceso previsto por la misma, porque lo veda el principio de la no ultraactividad».

Todos estos peregrinos razonamientos podía habérselos ahorrado Lucchini, con sentar la siguiente tesis, á que en último resultado viene á parar, y que es el único criterio que inspira toda su extraña teoría, como inspira igualmente la teoría de los demás autores: «Si la ley del tiempo en que se cometió el delito y las posteriores son diferentes, se aplicará aquélla *cuyas disposiciones sean más favorables al imputado*» (2).

93. Algo parecido al anterior penalista le sucede á Olivi. Su teoría denuncia bien claramente la comprometida y angustiosa situación de espíritu en que se halla, y en que por fuerza tienen que hallarse todos los que, como él, reconozcan,

---

(1) Sólo el empeño en buscar justificación á las dos conocidas soluciones de la no retroactividad de la ley más severa y de la retroactividad de la ley más benigna, empeño verdaderamente irrealizable, es lo que puede haber traído á Lucchini á formular esta rara teoría, tan indefendible, por lo menos, como aquella otra que á él no le satisface, y por huir de la cual ha venido á incurrir en ésta. En efecto, únicamente el deseo de sacar á flote á todo trance el principio *pro reo*, de llegar en todo caso á la solución *más favorable al reo*, es lo que puede explicarnos la teoría que el autor llama de la *no extraactividad*, teoría según la cual, para que un hecho sea delito, tiene forzosamente que estar penado *por dos distintas leyes*. De hoy en adelante, el aforismo *nullum crimen sine lege* deberá ser formulado de esta manera: *nullum crimen, sine duobus legibus* (!).

(2) Lucchini, ob. cit., pág. 85.

Digitized by Google

por un lado, la virtud lógica de los razonamientos que se pueden aducir en defensa, ora de la retroactividad, ora de la irretroactividad de las leyes penales, y por otro, luchen denodadamente por buscar algún pretexto que tenga visos de científico, en el cual puedan escudarse para venir al resultado que apetecen, ó sea, al de retrotraer ó no retrotraer las leyes penales, según convenga al reo. El autor hace esfuerzos inauditos, verdaderos trabajos de acróbata, para sacar á salvo su idea preconcebida, sin que, al menos en apariencia, se rompa el equilibrio del sistema corriente de principios doctrinales; antes bien, pretendiendo fundar siempre sobre éstos sus contrarias soluciones. Vale, por consiguiente, la pena de exponer esta teoría, que, al propio tiempo que resume los conceptos dominantes acerca del particular, puede servir como ejemplo del estado crítico de la misma en la generalidad de los tratadistas, y de que, al formularla, se apoyan sus mantenedores, más bien que en sólidos argumentos científicos, en motivos humanitarios y de sentimiento.

Primeramente, afirma Olivi que las *exigencias de la lógica* reclaman el que *á las leyes penales no se les dé nunca efecto retroactivo*: porque las funciones de una nueva ley «no podrán ejercerse convenientemente, ni podrán conseguir por entero su fin, sino á comenzar desde el momento siguiente á la formación de la ley, no en el tiempo anterior á ésta; porque, de un lado, la amenaza de la ley no puede obrar antes de que la ley tenga existencia, y por otro lado, se debe presumir que la punición de los delitos cometidos antes de que aquélla entre en vigor no responde á las particulares exigencias sociales, á cuya satisfacción atendían con normas diferentes las leyes anteriores. Bajo este respecto, *es claro que no debería admitirse nunca una acción retroactiva de la ley penal, ni cuando sea más severa, ni cuando sea más benigna que la anteriormente vigente en el mismo país*» (1).

(1) Olivi, ob. cit., págs. 493-94.

Digitized by Google

Sin embargo, estas consecuencias «rigorosamente lógicas» de las premisas sentadas no pueden aceptarse, según el propio autor, porque el ánimo siente cierta repugnancia á admitirlas (1), lo cual es causa de que *se insinúe cierta duda* (2) acerca de la verdad y bondad intrínseca de referida teoría. «Y esta impresión de repugnancia se acentúa particularmente en el caso de que se tratara de someter á proceso y condena á una persona por haber cometido una acción que no es ya delito, según la ley nueva, ó bien si se tratara de imponer pena más grave que la conminada por la ley vigente á la época *delicti patrati*» (3).

---

(1) Nosotros no lo creemos así. No se nos alcanza por qué el ánimo haya de experimentar repugnancia á admitir una doctrina que se dice responde á exigencias racionales, y de cuya aplicación, en lo tanto, no pueden resultar sino ventajas. Lo que á Olivi le sucede, como á tantos otros, es que el resultado á que quiere llegar es el de la no aplicación de la ley más severa, dado caso que, de aplicarla, se infligiría al ciudadano un *mal* mayor de aquel que se le infligiría con arreglo á la ley más benigna; y ya que á este resultado no era posible llegar por el camino derecho, ó sea por el del razonamiento, acude, sin el menor motivo visible, al camino tortuoso de la que llama *repugnancia*. Por cierto, que esta repugnancia no será de razón, supuesto que la doctrina es «rigorosamente lógica»; será, por consiguiente, mera repugnancia de sentimiento.

(2) Bien se advierte aquí lo deleznable de la argumentación del autor y lo convencido que él mismo está de ello. En efecto, no dice que exista ó le ofrezca duda, sino que *se insinúa cierta duda*. Por lo demás, lo único que puede decirse es que la repugnancia se da, caso de que se dé, es decir, afirmar es *hecho*; más no que una repugnancia puramente afectiva sea origen de *fundada* duda intelectual respecto de una teoría que se empieza por decir que satisface á las exigencias intelectuales, en cuanto es una teoría *rigorosamente lógica*. El mismo Olivi lo dice: «El sentimiento de disgusto moral, que se produciría en estos casos, puede sí hacerse constar como un simple hecho, pero no puede igualmente suministrar por sí solo razones de valor contra la teoría de la no retroactividad absoluta del derecho penal» (ob. cit., pág. 495.)

(3) Olivi, ob. cit., pág. 495. Donde se ve con gran claridad, que la repugnancia en cuestión proviene de la tendencia individualista y humanitaria tantas veces recordada, la cual, por su parte, se funda en la consideración de la pena como cosa mala. Considérese la pena como un medio puramente

Digitized by Google

Para justificar con argumentos de orden especulativo la retroactividad de la ley nueva más benigna, resultado á que es forzoso llegar después de haber sentado como principio firme el de la no retroactividad, aunque sólo con relación á la ley más severa; y para fundamentar «racionalmente», según él dice, el sentimiento de repugnancia, de disgusto moral antes expresado, acude Olivi á otro orden de consideraciones, que le facilitan el camino para dar retroacción á las leyes penales, no en todos los casos, sino en aquellos en que sean favorables al reo.

«Cuando una nueva legislación—dice muy acertadamente el profesor modenés—reemplaza á la anteriormente imperante en un determinado pais, el legislador que la promulga declara implícitamente que la ley anterior, salvo en aquella parte que de un modo expreso se deja subsistente, no responde ya á las exigencias de la justicia punitiva, en conformidad con el nuevo desarrollo de elementos físicos y morales que ha tenido lugar en el lapso de tiempo que media entre la ley anterior y la nueva. Ahora, si esta última elimina del catálogo de los delitos un hecho, viene á afirmar que el desorden social producido por éste ya no existe, salvo, por lo demás, la malicia del hecho mismo y la perturbación que pueda haber originado en el orden puramente moral. Y como no se puede castigar sino para reparar el desequilibrio jurídico y social, si este desequilibrio ha desaparecido antes de que la acción judicial se haya ejercitado y seguido su curso, carecemos del necesario fundamento para iniciar ó continuar el procedimiento, para pronunciar ó ejecutar la sentencia» (1). La misma solución se aplica al caso en que la ley nueva, aun considerando como delitos ciertos actos reconocidos también como tales delitos por la ley antigua, haya disminuido la penalidad que ésta les tenía señalada. «Por con-

---

preventivo, y por tanto, bueno, y la repugnancia de que se habla dejará de ser un motivo para prohibir la retroactividad de la ley más severa.

(1) Olivi, ob. cit., pág. 195 96.

Digitized by Google

siguiente, en las hipótesis referidas, y por virtud de las razones expuestas, venimos á parar á una doctrina *diferente* de la que poco antes nos ha ocupado, es decir, venimos á sentar la retroactividad de la ley penal» (1).

Y ¿qué diremos del caso en que la nueva ley sea más severa que la anterior? ¿Se le dará también efecto retroactivo? Examinemos las dos hipótesis paralelas á las precedentes, á saber: que la ley nueva considere como delitos ciertos hechos que para la ley anterior eran inocentes, y que la ley nueva castigue acciones que también castigaba la anterior, pero con más severidad que ésta.

Por de pronto, aquí también, como antes, dice el autor, el ánimo experimenta una cierta repugnancia á admitir la retroactividad de la nueva ley: porque, de retrotraerla, «vendría á faltarse al principio de que esta última no le era conocida al agente cuando realizó su acción, y que, por consiguiente, no pudo ejercitar sobre él en aquel momento eficacia preventiva; pudiendo afirmarse que, si hubiera conocido las prescripciones de la ley futura, *quizá* se hubiera abstenido de la perpetración del delito» (2).

---

(1) Olivi, ob. cit., pág. 495-96.

(2) La invocación que el autor hace de este principio, como una de las razones en que se apoya la no retroactividad de la ley nueva más severa, nos sugiere sinnúmero de observaciones, algunas de las cuales vamos á indicar. 1.ª Dicho principio no puede menos de provenir de la concepción equivocada según la cual las leyes penales y la Administración de justicia penal están establecidas en su mayor parte en *interés del individuo*, y no en el de la colectividad, y el individuo puede invocarlas en su favor cuando lo crea conveniente: concepción que el mismo Olivi ha empezado por rechazar, asentando que «las normas del derecho punitivo trascienden de la esfera del interés privado y se hallan establecidas principalmente en vista del *interés social*» (obra citada, pág. 492). 2.ª El principio de que se trata supone que el individuo delincuente tiene un *derecho adquirido* á no ser castigado sino con arreglo á la legislación vigente á la época de la realización de su acto, única que podía conocer; lo cual no se compadece con la afirmación que el propio Olivi

Digitized by Google

Pero contra esta repugnancia del sentimiento están las exigencias de la lógica rigorosa, la cual obliga á afirmar la retroactividad de la ley, aunque ésta sea más dura que la precedente.

---

hace, de conformidad con la anterior, y que tenemos por exacta, como ya se ha indicado, de que «los derechos adquiridos por el reo *son inconcebibles* en la esfera del derecho penal riguroso» (ob. cit., pág. 494). 3.ª Olivi, como todos los escritores de la dirección que se llama clásica, admite una justicia inmutable, un orden moral absoluto (ob. cit., pág. 479), cuyos preceptos, á lo menos los más esenciales, son conocidos por todos los hombres, por tenerlos impresos de un modo indeleble en su conciencia. Las violaciones de estos preceptos son los delitos que todos los tratadistas de esta escuela llaman delitos *per se*, acciones intrinseca y absolutamente inmorales, las cuales no necesitan estar prohibidas por el derecho positivo, legislado, para que todo hombre deba abstenerse de ellas. Este es precisamente, como luego veremos, el razonamiento más fuerte á que se acude para mantener en pie en el orden penal la presunción de que «todo el mundo conoce las leyes» y el consiguiente principio *ignorantia legis non excusat* (v. el cap. siguiente, §§ 112, 115 y otros). Ahora bien: este mismo razonamiento debiera valer para echar por tierra, á lo menos respecto de los delitos más graves, el principio de que nadie puede ser castigado con arreglo á una legislación que no pudo conocer al tiempo de realizar su acción. 4.ª Como quiera que no es posible asegurar de un modo cierto, sino tan sólo dubitativo, que si el delincuente hubiera conocido la ley futura se habría abstenido de perpetrar el delito; y como, por otra parte, la duda debe resolverse *pro societate*, ya que las leyes penales se hallan establecidas, según Olivi, en interés social, y no en el del reo, resulta que la ley nueva más severa, que responde justamente al interés social, debe tener, dada esta posición, efecto retroactivo. 5.ª El principio que nos ocupa da por sobreentendido que la pena es un mal para el reo, que su interés está en sustraerse á la misma y el interés social está en imponérsela; y en esta oposición de intereses, el autor, no obstante haber sentado que las leyes penales buscan el interés social, olvida lo que ha dicho y se decide por el interés del reo. Mas, desde el momento en que se vea en la pena una institución preventiva, un medio de protección, un medio jurídico, el interés social no será ya opuesto al del reo, sino paralelo al de éste; la ley más severa lo será en beneficio de todos, y no habrá que invocar contra ella el hecho de que el delincuente no pudo conocerla, al tiempo de ejecutar su acto, antes bien se deberá estimar que los beneficios que introduce, con su mayor severidad, deben también hacerse ex-

Digitized by Google

Primera hipótesis. Para resolver la cuestión que envuelve, dice el autor, «tenemos que referirnos también aquí al concepto de la actualidad de los intereses de la justicia punitiva y al de las exigencias de la misma en el momento en que es juzgado el culpable. No puede, en efecto, caber duda de que, cuando un legislador sustituye las máximas antiguas con nuevas normas de derecho punitivo, declara implícitamente lo erróneo ó inconveniente de la antigua ley, cuyos defectos corrige cabalmente con el texto de la ley nueva. Ahora, si el legislador obra inspirado por la conciencia de este fin; si tales son, y no pueden ser otras, su opinión y su convicción, esta opinión y esta convicción, por necesidad moral, deben constituir el espíritu, la verdadera y propia *mens* de la *lex nova*, que deberá reflejarse y encarnarse en las particulares disposiciones que forman la nueva ley... En armonía con este razonamiento, es preciso afirmar que, aun en el caso que se supone, la ley penal *es esencialmente retroactiva*, y que, por consecuencia, según sus disposiciones, deben ser sometidos á proceso y castigados todos los culpables de actos que la misma considera como delitos, *aun cuando no lo fueran cuando se cometieron*. ESTA ES LA

---

tensivos á los reos cuyos delitos se hubieran perpetrado antes de ser ella promulgada.

Y ahora, una cuestión legal. Nuestro Código civil, siguiendo en esto á la generalidad de los Códigos de otros países, ha dado la preferencia al sistema de promulgación de las leyes que se llama único ó simultáneo, sobre el sucesivo, que estaba en práctica antes de la publicación de dicho Código; disponiendo que «las leyes (*todas* las leyes, también las penales) obligarán en la Península, islas adyacentes, Canarias y territorios de Africa sujetos á la legislación peninsular, á los *veinte días* de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa» (art. 1.°, título preliminar). Se pregunta: ¿con arreglo á qué ley se juzgará y penará un hecho cometido *después* de publicada por los medios ordinarios una legislación penal más severa que la anterior, pero *antes* de transcurrir los *veinte días* de su promulgación: con arreglo á la ley anterior más benigna, ó con arreglo á la nueva más severa? Porque aquí no se podrá invocar el recurso de que el delincuente no la pudo conocer, y por tanto, no pudo la nueva ley ejercer sobre él eficacia intimidativa.

Digitized by Google

CONSECUENCIA RIGOROSA DE LA ÍNDOLE Y DEL FIN DEL DERECHO PENAL, consecuencia que se encadena con los principios anteriormente expuestos, de una manera natural y lógica» (1).

Tampoco puede llegarse á otras conclusiones que á éstas en la segunda hipótesis, á tener en cuenta «rigorosamente» los caracteres de una legislación penal. «En efecto, cuando el legislador varía y corrige la ley precedente, no hace más que afirmar y declarar la mayor perturbación jurídica que realmente se produce, en comparación con la perturbación menos grave que erróneamente se juzgaba producirse bajo el imperio del derecho anterior. Ahora, una vez que esto se ha declarado, como las leyes penales se proponen la defensa de los intereses de orden social universal, para el cumplimiento de los fines de la justicia, se sigue lógicamente que, en los casos á que nos referimos, no puede siquiera insinuarse variedad ó distinción alguna entre los diferentes delitos, según que se hayan cometido antes ó después de entrar en vigor la ley nueva, con el propósito de autorizar la aplicación de la ley del tiempo en que fueron cometidos, cuando sea más benigna que la posterior... *Esto, dentro del ambiente de las* RIGOROSAS EXIGENCIAS DEL DERECHO PENAL ACTUAL» (2).

Resulta, pues, que, bajo el severo aspecto bajo el cual hemos considerado las cuestiones, aquel sentimiento de repugnancia ó de disgusto que hemos experimentado ante la idea de que quien comete una acción en un tiempo en que las leyes no lo castigaban, debe ser sometido á castigo en lo por venir, en virtud de nuevas prescripciones; ó bien, que por un determinado delito debe ser castigado con pena más grave que la sancionada por la ley del tiempo *criminis patrati*, única conocida por el agente..., dicho sentimiento *no se apoya sobre una base suficientemente racional, no concuerda con los criterios que en rigor de*

(1) Olivi, ob. cit., págs. 497-98.
(2) Id., págs. 499 500.

Digitized by Google

lógica deben seguirse para la resolución de la controversia relativa á la eficacia de las leyes penales en el tiempo» (1).

El lector creerá, después de ésto, que Olivi, á fin de no ponerse en contradicción con la lógica, se sobrepondrá al irracional sentimiento de repugnancia y de disgusto moral de que viene hablando, y se resolverá, bien por la absoluta irretroactividad de las leyes penales, sean más severas ó más benignas que las anteriores, bien por la absoluta retroactividad. Esto parece lo obligado. Mas el autor no lo entiende así. Como su propósito es, evidentemente, aplicar *en todo caso* la ley más favorable al reo; y como, en rigor de lógica, ni por el primer camino ni por el segundo es posible llegar á esta *única* y *uniforme solución*, lo que hace, después de tantos rodeos, es decir que debe tomarse la dirección que más convenga, ora la de la derecha, ora la de la izquierda: si se trata de leyes más severas, valdrá el principio de la no retroactividad; si de leyes más suaves, el principio contrario. «Para la resolución de la cuestión, ha de acudirse á criterios *diferentes»* (2).

«Hace ya tiempo que los últimos resultados de la crítica científica nos conducen á afirmar que *ambas* teorías expuestas (la de la retroactividad y la de la irretroactividad) contienen *algo de verdadero* y de indiscutiblemente óptimo, pero que *ni la una ni la otra pueden aceptarse exclusivamente*. Por tanto, la verdad se consigue, *sirviéndose del criterio respectivo de entrambas y asociándolas en la unidad orgánica de un nuevo sistema,* el cual, justamente por ser efecto del acuerdo entre dos opuestos sistemas, se dice ecléctico» (3).

En este sistema ecléctico se afirma el principio de la retroactividad absoluta de la ley penal más benigna, por razones de filosofía penal, y el principio de la no retroactividad de la ley más severa por razones «ajenas á la filosofía penal», por

(1) Olivi, ob. cit., pág. 500.
(2) Id., pág. 503.
(3) Id., pág. 502.

Digitized by Google

razones «enteramente prácticas» (1). Las cuales vienen á reducirse al consabido prejuicio individualista, por virtud del cual «es necesario preservar á los culpables contra los *posibles abusos* (concepción de la pena como un *mal)* de los legisladores, quienes podrían introducir en la ley nueva delitos nuevos, ó aumentar la severidad de las penas, únicamente por odio ó parcialidad» (2): al prejuicio de que la materia penal es materia odiosa, y deben por lo mismo interpretarse las leyes que á ella se refieren «en sentido restrictivo, no aplicándolas sino cuando haya seguridad de que el caso ha sido previsto por el legislador, porque *odia vero restringenda*» (3); y á la consideración ya indicada de «la ignorancia, por parte del reo, de la ley futura que habría de aplicársele y de la intrínseca malicia del delito, la cual no puede fijarse como entidad moral para el individuo y su conciencia, sino según las disposiciones de la ley vigente en el momento en que el delito fué ejecutado» (4).

A esto queda reducida toda la teoría del autor, tocante á la materia que nos ocupa. Como se ve, sus conclusiones son exactamente las mismas que las formuladas por la gran mayoría de los escritores; son conclusiones que no derivan lógicamente de las bases filosóficas que empieza por sentar; antes bien, se ha-

---

(1) Olivi, ob. cit., pág. 503.

(2) En este caso, el problema cambia. No se trata ya de una ley más severa, que se estima más justa que la anterior (por lo cual, deberá tener efecto retroactivo, según los mismos principios asentados por el autor), sino que se trata de una ley que no merece el nombre de tal y que puede discutirse si es tal ley, si debe obedecerse, etc.; pues nadie admitirá que un precepto inspirado en los motivos dichos deba ser aplicado, ni siquiera á los individuos que realicen sus actos después de publicado aquél. Aquí entran los problemas relativos á la constitucionalidad de las leyes, á su justicia, al derecho y deber de resistencia, etc.; problemas que no son penales, sino de derecho constitucional. Esto confirma lo que más atrás (§ 89) queda dicho acerca del carácter constitucional que aun hoy reviste el principio de la no retroactividad de las leyes penales.

(3) Olivi, ob. cit., pág. 505.

(4) Id., pág. 506.

Digitized by Google

llan en buena parte en oposición con ellas: por eso puede dudarse si valía la pena de detenerse tanto y de torturar el ánimo para buscar fundamentos de razón á una tesis que, desde el punto de vista que se mira el asunto, no tiene otras bases que las puramente afectivas, humanitarias, y para hacer ver que un resultado de antemano previsto, y al que se quería *á toda costa* llegar, viene lógicamente determinado por exigencias de la teoría (1).

94. Examinemos ahora el caso de la que se llama ley penal intermedia. Se trata de lo siguiente: A la época de la comisión del delito, estaba vigente una ley que lo castigaba con severidad; más tarde, cuando aun no se había instruído, ó se estaba instruyendo el proceso, se promulgó otra ley, que borró el hecho del número de los delitos, dulcificó la penalidad, ó la modificó en un sentido más benigno (2); por fin, á la época del fallo, había vuelto á estar en vigor la ley primitiva, ú otra más suave que ésta, pero más severa que la intermedia. ¿De qué ley deberá echarse mano?

---

(1) Una posición análoga á la de Olivi, respecto del problema de la eficacia de la ley penal en el tiempo, ocupa también Pinsero. Véase su libro *Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale*, Palermo, 1892, cap. III, páginas 258-261.

(2) Si la ley intermedia contuviese disposiciones idénticas á las de la ley anterior ó á las de la ley posterior, el problema viene á ser el mismo que hemos examinado precedentemente, y los autores lo resolverán con el consabido criterio de la indulgencia, y aplicarán en lo tanto la ley más benigna; ó sea, aplicarán la ley intermedia, implícitamente, cuando sus preceptos sean idénticos á los de la ley que favorezca al reo (bien sea la anterior, bien la posterior), y no la aplicarán en el caso contrario. Por eso, ni siquiera suelen hacerse cargo de este caso. Tampoco suelen preguntarse si se aplicará la ley intermedia cuando sus prescripciones sean más severas que las de las otras dos, anterior y posterior á ella; y bien valía la pena de preguntárselo, porque la cuestión es lógicamente la misma que cuando la ley de que se trata sea más suave. Esto proviene de la idea que hemos visto ser la informante de toda la materia, es decir, de la idea que las nuevas disposiciones legislativas, en tanto pueden aplicarse á hechos realizados antes de su promulgación, en cuanto proporcionen un beneficio al delincuente.

Digitized by Google

Aquí entran de nuevo en conflicto, para los tratadistas que conciben la pena como un mal, las exigencias de la lógica, por virtud de las cuales, la ley intermedia ya derogada no puede en rigor aplicarse, y las impulsiones del sentimiento humanitario, que reclaman, *en todo caso*, lo que sea más favorable al reo. En este conflicto, los unos, los más lógicos, como Waechter (1), Berner (2), Seeger (3) y Geyer (4), han negado la posibilidad de aplicar la ley intermedia; otros, lógicos también, pero humanitarios, como Gabba (5), Fiore (6), Tré-

---

(1) Waechter, *Sächsisches Strafrecht* (*Derecho penal de Sajonia*), pág. 122; citado por Olivi, ob. cit., pág. 521.

(2) Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen* (*Eficacia de la ley penal con relación al tiempo, al lugar y á las personas*), Berlín, 1853, pág. 55; citado por Olivi, *loc. cit.*

(3) Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraf neuer Strafgesetzes* (*Sobre la fuerza retroactiva de una ley penal nueva*), Tubinga, 1862, págs. 125 129; citado por Olivi, *loc. cit.*

(4) Ob. cit., t. I, pág. 90.

(5) «Ya hemos observado—escribe acertadamente Gabba—que, en tesis general, la ley nueva vigente en el momento del juicio es la que se debe reputar más justa, según la intención del legislador, y por tanto, debe ser aplicada cuando no sea más severa que la ley anterior. Pero *esta ley anterior no puede ser otra que la vigente en el momento en que fué cometido el delito, no una ley intermedia*: porque para nosotros la razón de la no retroactividad de la ley nueva más severa es únicamente la necesidad de prevenir las persecuciones que se quisieran verificar dando leyes más duras en odio á determinadas personas; el cual propósito es inconciliable con el hecho de que entre la ejecución del delito y la punición haya sido dada una ley más benigna que la antigua ó que la nueva. De suerte que *el principio general según el cual el delincuente debe ser juzgado con arreglo á la ley más benigna, no guarda relación alguna con la ley intermedia que haya podido ser promulgada en el tiempo que va desde el momento de la ejecución del delito al del juicio; no es posible tomar en consideración esta ley, sin desconocer el origen y la razón de aquel principio.*» (*Teoria della retroactività delle leggi*, t. II, pág. 832; citado por Olivi, ob. cit., pág. 523.) No obstante, el mismo Gabba admite que el legislador pueda, por razones de *prudencia política*, disponer que se aplique una ley intermedia más suave. (V. Olivi, ob. cit., pág. 525.)

(6) Para Fiore, «*los sentimientos de humanidad* y los de *prudencia política* po-

Digitized by Google

butien (1), Boitard (2) y Vicente y Caravantes (3), han reconocido, en principio y como consecuencia indeclinable de la doc-

---

drán aconsejar, acaso, la aplicación de la ley penal intermedia más benigna; pero si se quiere, por el contrario, resolver la cuestión propuesta *con arreglo á los principios generales del derecho* y á los que hemos establecido como *fundamento de la teoría que examinamos, no podría sostenerse la retroactividad de dicha ley*. El derecho de castigar y la sanción de la pena proporcionada según los justos criterios del legislador *son de orden público*, y no puede, por lo tanto, admitirse el supuesto de *derecho alguno adquirido* por los particulares, que venga á limitar la absoluta potestad del legislador.» *(De la irretroactividad é interpretación de las leyes*, Madrid, 1893, págs. 413 414.)

(1) La solución que ha triunfado—escribe este autor—es la de la aplicación de la ley intermedia más benigna. «Es una solución indulgente y que no debe contradecirse. *Pero hay que confesar que el resultado á que llega es más favorable que lógico*. Desde el punto de vista del *derecho rigoroso*, la ley que debe ser aplicada es la *nueva*.» *(Cours de Droit criminel*, 2.ª ed., París, 1878, t. I, pág. 148.)

(2) «Cuando en el intervalo entre el hecho cometido y el juicio relativo al mismo haya existido una legislación transitoria que lo castigara con una pena más dulce que la legislación antigua y que la nueva, ¿cuál de ellas deberá aplicarse? Aun en este caso, se ha resuelto, quizá *algo arbitrariamente, pero en homenaje á la humanidad*, que, aun cuando la legislación penal más dura estuviese en vigor, tanto en el momento de la ejecución del hecho como en el del juicio, el beneficio de la legislación intermedia debe considerarse como un derecho adquirido por el delincuente.» *(Leçons de Droit criminel*, 13.ª ed., París, 1889, pág. 43.)

(3) «Si se atiende al tiempo en que se cometió el delito, hallándose el delincuente bajo el imperio de la legislación más dura, quedó sujeto á ella y no puede alegar la circunstancia de que aquel hecho no estaba penado tan duramente por la ley. Si se atiende al tiempo en que se pronuncia el fallo, hallándose también en vigor una legislación más rígida que la anterior, no puede alegarse inmoralidad ni inconsecuencia en el legislador por aplicar una pena que ya había calificado de sobrado rígida, pues si bien la legislación intermedia pudo juzgarla inmoderada, la última ley, que es la vigente al tiempo del juicio, ha reformado esta misma legislación, por juzgarla demasiado laxa para contener en la perpetración de aquel delito. *Parece, pues, que el legislador sería consecuente aplicando la pena impuesta en la última ley, si no era más dura que la impuesta en la legislación vigente al tiempo de cometerse el delito*. Sin embargo, deberá aun en este caso aplicarse la pena más suave intermedia, porque el delincuente adquirió el derecho, etc. *(Código penal reformado*, Madrid, 1851, pág. 132.)

Digitized by Google

trina, la imposibilidad de dicha aplicación, pero transigen con que pueda verificarse, por motivos de humanidad ó de prudencia política; otros, como Liszt (1), Kobner (2), Blanche (3), Chauveau et Hélie (4), Le Sellyer (5), Impallomeni (6), se limitan á consignar el hecho de que las leyes y la jurisprudencia, por consideraciones de humanidad, vienen mandando aplicar y aplicando la ley intermedia más benigna, y á conformarse con esta solución, pero sin razonarla; y otros, por fin, tratan de encontrar para la misma argumentos, no sólo de sentimiento y de indulgencia para con el reo, sino doctrinales y de estricta justicia. Entre estos últimos, además de Haus (7), debemos mencionar á Carrara, y muy singularmente á Olivi.

Para Carrara, el fundamento de la aplicación de la ley intermedia más benigna es el de los derechos adquiridos. «Si á la ley antigua más severa—dice—vino á reemplazar una ley más benigna, y posteriormente se tornó á la primitiva severidad, en tal caso, al delito cometido bajo el imperio de la

---

(1) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de derecho penal alemán)*, 6.ª ed., Berlín, 1894, pág. 74.

(2) Kobner, *Deutsches Reichsstrafrecht (Derecho penal del imperio alemán)*, Munich, 1891, págs. 20-21.

(3) Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, 2.ª ed., Paris, 1888, t. I, páginas 50-51.

(4) Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, 6.ª ed., Paris, 1887, t. I, números 27 y 28, págs. 47 y siguientes.

(5) Le Sellyer, *Traité de la criminalité, de la pénalité et de la responsabilité*, 2.ª ed., Paris, 1874, t. I, pág. 359.

(6) Impallomeni, *Il Codice penale italiano illustrato*, Florencia, 1890, tom. I, pág. 68.

(7) Verdaderamente, la razón que Haus aduce en apoyo de la aplicación de la ley intermedia más benigna es, en sustancia, la razón de indulgencia, á saber, el principio de que «las leyes penales se retrotraen en favor, pero no en perjuicio de los reos». En el caso de que se trata, dice, «no se puede aplicar la ley anterior, porque la segunda (la intermedia) se retrotrae en beneficio del acusado; tampoco se puede aplicar la ley posterior, porque, si así se hiciera, se le daría efecto retroactivo en perjuicio del reo». (*Principes généraux de Droit pénal belge*, 3.ª ed., Paris, 1879, t. I, núm. 185, pág. 198.)

Digitized by Google

primera ley, le aprovechará, no obstante la existencia de la tercera, la suavidad intermedia: porque al publicarse la segunda ley, el delincuente *adquirió el derecho* á su suavidad, y la tardanza en juzgarlo no debe recaer en perjuicio suyo; ni la tercera ley puede privar al reo del derecho de que se habla» (1).

Finalmente, Olivi acude á varias especies de consideraciones para lograr el intento que persigue, de hacer aplicable la ley intermedia más benigna, no tan sólo *pietatis causa*, sino *stricti juris*. En primer lugar, se fija en el aforismo *favores sunt ampliandi* (2), para deducir de él que dicha ley intermedia debe aplicarse, porque «el procedimiento se habría podido incoar, sustanciar y terminar bajo el imperio de la ley intermedia, y en tal caso no hay duda de que los Magistrados habrían aplicado las normas de la misma, por virtud del principio de la retroactividad de la ley penal menos severa; por lo que no puede hacerse que redunde en perjuicio del culpable la circunstancia del retardo del juicio, retardo que fué independiente de su voluntad. En efecto, concebimos que tal retardo pueda resultar beneficioso al reo, pero no perjudicial» (3). Este razonamiento es más especioso que sólido, aun desde el punto de vista de la doctrina penal reinante; porque si el juicio pudo celebrarse antes, pero no se celebró, la ley intermedia ha pasado para él, y es como si no hubiera existido. Por otra parte, como las leyes penales, según el mismo Olivi dice, están dadas en interés social y no en interés del reo, no se comprende por qué la tardanza en instruir y fallar el proceso haya de ser un motivo aprovechable en beneficio de aquél, y no en su daño.

Alega también el autor en apoyo de su tesis el extraño ar-

(1) Carrara, *Programma*, parte general, t. II, 7.ª ed., Luca, 1890, § 760, páginas 270-71. Véase, en el mismo sentido, Pessina, ob. cit., t. I, pág. 130; Garraud, ob. cit., I, pág. 185, nota 6.

(2) Aforismo que, desde luego, no encierra una razón de orden especulativo, sino un motivo humanitario.

(3) Olivi, ob. cit., pág. 518.

Digitized by Google

gumento de que si la ley intermedia más benigna debe aprovechar al inculpado, no es ya en virtud de un derecho adquirido por éste al amparo de una ley penal anterior, porque, insiste, «las leyes penales no están establecidas en interés del particular, sino en interés del consorcio social entero»; es, al contrario, porque «la sociedad ha *perdido* la facultad de castigar al culpable con una sanción penal *más grave* estatuída por una ley, bien sea anterior ó posterior á aquella que contenía las disposiciones más suaves» (1). No puede llevarse más lejos el afán de revestir con apariencia de racional lo que por anticipado se sabe que no lo es; lo que no tiene más base que el deseo seguro y fijo en el escritor de hacer que el delincuente salga, *en todo caso y á toda costa, lo mejor librado posible.* No hay ni puede haber otro fundamento para la aplicación de la ley penal intermedia más benigna que el sentimiento de humanidad y de indulgencia, por más que este sentimiento esté en oposición lógica y rigorosa con los principios especulativos que informan la doctrina de los tratadistas que se refugian en él (2).

---

(1) Idem, pág. 519.

(2) Así hemos visto que lo confiesan algunos, como Gabba—cuyo razonamiento, según el propio Olivi, «es exactísimo, fluyendo en él las consecuencias *natural é inevitablemente* de las premisas» (ob. cit., pág. 523)—Fiore, Trébutien y otros. Así viene también á confesarlo el mismo Olivi, cuando dice que «se aplicará la ley intermedia *siempre que sea más favorable al delincuente*» (página 520); que la no retroactividad de la ley nueva más severa, cuando haya una intermedia más suave, se apoya, «no en una razón sola, sino en un cúmulo de razones, entre las cuales *sobresale* el criterio del *mayor favor con que debe tratarse al inculpado.* ESTE SOLO MOTIVO *basta*, en nuestra opinión, para afirmar la aplicabilidad de la ley penal intermedia, *sin acudir á otras consideraciones*, puesto caso que *debe dominar siempre la máxima de tal favor*» (pág. 524); y que «en cualquier momento en que el culpable, á partir del instante *delicti commissi*, hasta aquel en que se ha pronunciado la sentencia, haya podido hallarse en una situación legal más favorable que la determinada por aquellos dos instantes, dicha situación más favorable ha de permanecer invariable para él, porque *favores sunt ampliandi*» (pág. 524).

Digitized by Google

Los códigos penales, al hablar de los efectos de la ley con relación al tiempo, no suelen contemplar el caso de la ley intermedia (1).

Los Tribunales, sin embargo, cuando se han visto obligados á fallar en la hipótesis de que tratamos, lo han hecho en sentido afirmativo, esto es, declarando que el culpable debía ser tratado conforme á la ley penal intermedia más benigna (2).

Ahora, en un sistema de penalidad, en que la pena sea un medio preventivo, y en que los Tribunales gocen de toda la libertad que necesitan para imponerla, esta grave cuestión de la aplicabilidad ó no aplicabilidad de la ley penal más benigna perderá toda su importancia, y hasta dejará de ser tal cuestión. Por una parte, en referido sistema se habrá perdido todo resabio de la concepción de la pena como un mal, y todo temor, en lo tanto, de que los juzgadores causen al individuo males innecesarios; por otra parte, se habrá introducido, como es forzoso, el arbitrio judicial y se habrán suprimido, al menos con el carácter de absolutamente obligatorios que hoy tienen, los códigos penales, pudiendo los jueces servirse de todos los medios que estimen conducentes al fin de la administración de justicia, sean ó no legales, y preferir, si hay leyes, la que reputen más oportuna, sea la primera, la segunda ó la tercera, sea la más severa ó la más benigna; y por otra, el tratamiento más favorable al reo, ni podrá estar determinado en la

(1) Todavía, algunos se hacen cargo de él, como el código italiano, cuyo art. 2.°, párrafo tercero, dice: «Si la ley del tiempo en que fué cometido el delito y las *posteriores* son diferentes, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favorables al acusado.» El alemán, art. 2.°, párrafo segundo, dispone también que, «en el caso en que se hubieran dado varias leyes desde el momento de cometerse el delito hasta aquel en que se pronunció el fallo, se aplicará la ley más benigna». Geyer (ob. cit., I, pág. 90) dice que «esta disposición carece de toda base jurídica y lógica, y sólo procede de falsas tendencias humanitarias».

(2) Blanche, Trébutien, Chauveau, Gabba (cit. por Olivi), mencionan algunos casos resueltos por el Tribunal de Casación francés.

Digitized by Google

ley, sino que el determinarlo será justamente la misión más importante de los Tribunales, ni será siempre el que la ley y él consideren más benigno; antes bien, se presentarán muchas ocasiones en que el más favorable sea precisamente el tratamiento más duro.

95. Nueva y gravísima dificultad para los autores que conciben la función penal como función total ó parcialmente represiva: ¿se dará efecto retroactivo á la nueva ley penal más benigna (1) cuando los delitos cometidos vigente la ley antigua más severa, hayan sido ya definitivamente juzgados? Pase, que los beneficios de la nueva ley se hagan extensivos, aun en contra de lo que exige el interés social, á las acciones realizadas cuando la ley antigua estaba en vigor, pero las cuales se hallan aún pendientes de proceso y de fallo; pase también que, contra todo lo que aconsejan las teorías jurídicas reinantes, se puedan aplicar aquellos beneficios á los hechos ya juzgados con arreglo á la legislación anterior más severa, cuando la sentencia no es todavía firme, por estar pendiente algún recurso. Pero, ¿y cuando se trate de hechos ya juzgados con arreglo á mencionada legislación anterior más severa, pero juzgados de un modo definitivo, con sentencia inapelable y ejecutoria, y cuyos autores, los autores de tales hechos, hayan comenzado ya á extinguir su condena?

En este caso se presenta la lucha entre dos fuerzas, á cual más poderosas, dentro de las ideas dominantes: por un lado, el principio *pro reo*, la repugnancia á hacer á unos delincuentes de peor condición que otros, sólo porque sus actos han sido fallados con anterioridad á los de éstos, y la repugnancia á seguir

(1) Del caso en que esta ley nueva fuese más dura, ni siquiera suelen hacerse cargo los autores, porque esta ley, ya es sabido, para ellos no puede tener efecto retroactivo. Solamente Olivi hace una ligera referencia, afirmando que, en el caso propuesto, «apenas hay necesidad de advertir que la condena pronunciada deberá llevarse por completo á efecto conforme á la ley anterior, la cual continúa teniendo fuerza, dentro de estos límites, como si no hubiera sido derogada por otra ley». (Ob. cit., págs. 550 51.)

Digitized by Google

aplicando una disposición legal que se ha llegado á considerar ya injusta: en suma, la compasión y la simpatía humanitaria hacia el individuo; por otro lado, la idea y el sentimiento, no menos poderosos, de respeto á la cosa juzgada, á la *santidad*, á la intangibilidad de la cosa juzgada, que no hay más remedio que suponer que expresa la verdad: *res judicata pro veritate habetur*.

En semejante gravísimo conflicto, los tratadistas, y con ellos los códigos, han salido del apuro como han salido de otros, como han salido del anterior de la ley intermedia: es decir, inclinándose unos por la indulgencia, á costa del respeto á la cosa juzgada, ateniéndose otros á este respeto, á costa de la indulgencia, y tratando otros de conciliar ambas soluciones. De esta suerte, se dan entre los tratadistas, respecto de la cuestión que nos ocupa, muy diversos matices, que podrían perfectamente ser representados por una línea, á uno de cuyos extremos se encuentran aquellos que afirman de un modo categórico la retroactividad, á otro los que la niegan de una manera rotunda, y en los puntos intermedios, más á la derecha ó más á la izquierda, según las preferencias, aquellos que, ni se atreven á afirmar, ni á negar en absoluto (1). En realidad, estos últimos son los más numerosos.

---

(1) Bueno es, sin embargo, que se sepa que estas diferencias no se refieren sino al caso de que la nueva ley sea más benigna que la anterior; pero, esto no obstante, siga considerando como digno de represión el hecho de que se trate. Cuando la nueva ley deje de considerar como delictuoso un hecho que como tal comprendía la ley anterior, en este caso existe conformidad entre los escritores: todos dicen que la nueva ley se retrotraerá aun á aquellas acciones que hubieran sido definitivamente falladas y cuyos autores estuvieran sufriendo ya la condena. Dada esta solución uniforme, uniforme debería ser también la que dieran tocante al caso de dos leyes, la última de las cuales castigase más benignamente una acción ya definitivamente juzgada con arreglo á la ley antigua más severa; pues la razón que para la hipótesis precedente se hace valer—lo injusto que sería seguir exigiendo pena por un hecho que *ya* no es delito—es aquí perfectamente aplicable—lo injusto que es seguir imponiendo una pena que la ley ha declarado ser *ya* excesiva é innecesaria.

Digitized by Google

Así, mientras Impallomeni (1), Paoli (2), Inghilleri (3), Cuccia (4), Demaria (5), Faranda (6), Nocito (7), Laserna y Montalbán (8), Groizard (9), Pacheco (10) y Aramburu (11) asientan resueltamente la retroactividad de la ley nueva favorable al reo, aun en el caso de que se haya pronunciado sentencia firme; otros autores, pocos en verdad, como Trébutien (12), Arabia (13), Curcio (14) y algún otro (15), niegan desde luego esta retroactividad; y muchos otros, ó la mantienen en princi-

---

Desde este punto de vista, los partidarios de la retroactividad de la nueva ley más suave, aun á los hechos sobre los que haya recaído sentencia firme, son más lógicos que los que admiten tal retroactividad, cuando la nueva ley haya dejado de considerar delito una acción antes delictuosa, y no la admiten cuando señale una penalidad más favorable al reo. Hay aquí una inconsecuencia análoga á aquella otra que ya hemos notado, según la cual, ciertos tratadistas, que admiten la retroactividad de una nueva ley, cuando borre una acción del número de los delitos, no la admiten cuando dicha ley nueva castigue tal acción con una pena menor que la anterior; no obstante que el motivo que existe para la primera solución existe igualmente en el segundo caso.

(1) Ob. cit., t. I, pág. 68.

(2) Ob. cit., págs. 19 y sigs.

(3) *Codice penale per il Regno d' Italia. Verbali della Commissione istituita con regio decreto 13 Dicembre 1888*, Roma, 1889, págs. 17 y 20.

(4) Id. íd., pág. 18.

(5) Id. íd., pág. 18.

(6) Id. íd., págs. 18-19.

(7) Id. íd., pág. 19.

(8) *Elementos del derecho civil y penal de España*, 8.ª ed., Madrid, 1889, t. III, págs. 93-94.

(9) Ob. cit., t. II, págs. 94-102.

(10) *El Código penal concordado y comentado*, 6.ª ed., Madrid, 1888, t. I, páginas 298 y sigs.

(11) *Notas* á la trad. esp. de los *Elementos de Derecho penal*, de Pessina, parte primera, Madrid, 1892, pág. 138.

(12) Ob. cit., t. I, pág. 150.

(13) *Principii del diritto penale applicati al codice italiano*, Nápoles, 1891, página 70; *Verbali della Commissione*, etc., pág. 20.

(14) *Verbali*, etc., pág. 20.

(15) Como el anónimo que se ocupa de esta cuestión en el *Archivio di Psichiatria*, t. IX, 1888, págs. 177 y sigs.

Digitized by Google

pio, pero la rodean de ciertas limitaciones, como Gabba (1), el cual sólo quiere que se dé retroactividad á la ley nueva, cuando entre ella y la antigua exista una diferencia notable en cuanto á la penalidad, no cuando esta diferencia sea pequeña, pues en tal caso seguirá produciendo sus efectos la antigua ley (2); Travaglia (3), para quien la retroactividad en cuestión sólo se aplicará cuando se trate de penas perpetuas, dejando los casos de penas temporales á la gracia soberana; Tolomei (4), el cual quiere que la definición que del delito haya hecho la sentencia firme sea aceptada; por tanto, que sobre esto no adquiera efecto retroactivo la ley nueva, sino que sólo lo adquiera en cuanto á la penalidad más benigna que corresponda al mismo delito; Olivi (5), para quien la nueva ley tendrá retroactividad en todo, menos en lo que se refiera á los elementos constitutivos del delito:—ó, por el contrario, sostienen en principio la no retroactividad, pero después templan el rigor del mismo, admitiendo, por una parte, excepciones, y por otra, la retroactividad mediante el ejercicio de la prerrogativa soberana de indulto y mediante disposiciones transitorias consignadas en la nueva ley que venga á reemplazar á la antigua. Esta es la posición que ocupan Mayer, Berner, Schwarze, Hälschner, Ortolán (6), Haus (7),

(1) Citado por Olivi, pág. 562.

(2) Como se ve, aquí se prescinde, para resolver la cuestión, de todo fundamento de justicia racional, absoluta, etc., y se acude á una razón de oportunidad, de circunstancias, á lo que la realidad exija ó aconseje en cada caso, esto es, á las reclamaciones de la conveniencia histórica, que es lo que, en último resultado, viene á constituir la verdadera justicia.

(3) Ob. cit., t. I, pág. 40.

(4) *Verbali*, etc., pág. 20. También Paoli, ob. cit., acepta esta solución.

(5) Ob. cit., págs. 552-53.

(6) Todos ellos citados por V. Olivieri, en el *Archivio di Psichiatria*, t. IX, pág. 606.

(7) Ob. cit., I, págs. 126-27. «La ley que suprime ó que reduce la pena existente— dice este autor— ejerce su influjo aun sobre las condenas pronunciadas bajo el imperio de la ley anterior, las cuales sean susceptibles de ser

Digitized by Google

Garraud (1), Pessina (2), Carrara (3), Fiore (4), Calenda (5),

---

anuladas ó reformadas; pero *deja subsistentes aquellas que hayan adquirido autoridad de cosa juzgada*, si dicha ley no las abolece ó las modifica por medio de una disposición formal y expresa. Sin embargo, cuando la ley nueva suprime ó reduce la pena señalada por la legislación precedente, es justo que esta medida aproveche también á aquellas personas que han sido irrevocablemente condenadas en virtud de la legislación anterior; pues no puede continuarse ejecutando, sin injusticia, una pena que el mismo poder social ha declarado inútil. El legislador, por tanto, tiene el deber de aplicar á estas personas, *mediante una disposición especial*, el beneficio de la nueva ley; y si no lo ha hecho así, el jefe del Estado deberá ejercer el *derecho de gracia*, condonando ó reduciendo las penas infligidas por juicios irrevocables, *sin esperar á que los condenados soliciten tal gracia*... Pero las sentencias condenatorias seguirán produciendo sus efectos, hasta tanto que los magistrados encargados de llevarlas á ejecución no estén autorizados, por medio de una disposición legislativa ó por un decreto de gracia, á abandonar dicha ejecución.»

(1) Ob. cit., t. I, págs 189-190. Este autor repite enteramente el razonamiento y hasta las palabras de Haus.

(2) *Elementos de Derecho penal*, trad. esp., t. I, pág. 130. «Si después de una sentencia irrevocable aparece una nueva ley que señale una pena más benigna para el delito juzgado, *la condena anterior queda subsistente por virtud de la autoridad de cosa juzgada* y debe cumplirse, salvo el *recurso de la gracia de conmutación*.»

(3) Ob. cit., t. II, § 748, págs. 263-264. Respecto de los *hechos ya terminados*, no puede haber cuestión, dice Carrara, «y como tales se consideran, tocante á la penalidad, los delitos ya irrevocablemente *juzgados* por los Tribunales. Si estos delitos fueron castigados con la pena vigente el día de la sentencia, la ley que haya sido luego promulgada antes de la total expiación de la pena no puede retrotraerse ni se puede tampoco renovar el examen *judicial*: solamente, cuando la nueva ley sea más benigna, *podrá la autoridad gubernativa proceder por vía de gracia*, la cual en tales casos puede *á veces* (¿cuándo?) convertirse en un verdadero deber de justicia». Las vacilaciones en que se hallan los autores que, como éste, quieren pagar tributo á la *lógica*, y al propio tiempo á la humanidad, á la *indulgencia*, no pueden estar más claras. «La lógica—viene á decirse—no consiente que en el caso en cuestión se dé efecto retroactivo á la nueva ley más benigna; pero la indulgencia está reclamando á voz en grito que se le dé, so pena de faltar á veces á la justicia.» ¡Es decir, que la justicia viene á estar en pugna consigo misma! ¿Puede darse nada más absurdo ni más extraño? Y sin embargo, en el sistema corriente, en que la justicia se concibe como una serie de fórmulas abstractas, de

Digitized by Google

Le Sellyer (1), Lucchini (2), Vicente y Caravantes (3), Vizmanos y Alvarez (4) y algún otro.

96. Si ahora nos fijamos en la doctrina que los defensores de cada uno de estos puntos de vista exponen, advertiremos que las diferencias entre ellos no están en la solución á que unos y otros llegan, pues ésta es, á la postre, igual en todos, á saber: la retroactividad de la nueva ley más benigna, aun á los delitos ya juzgados de un modo definitivo; sino que tales diferencias están únicamente en el procedimiento para venir á se-

---

inflexible rigor, no puede ser de otra manera. Al cabo, esto que aquí dice Carrara no es sino una aplicación concreta del principio, esencialmente absurdo, que se enuncia diciendo: *summum jus, summa injuria*; del principio según el cual la equidad y la gracia son cosas diferentes de la justicia.

Todavía reduce más Carrara la afirmación que hemos visto hace, pues añade en nota: «La proposición que asiento en el texto no puede ser aceptada como absolutamente verdadera sin restricciones y limitaciones: por ejemplo, en el caso de condena capital.»

(4) Ob. cit., págs. 420-23. «Nos parece que no puede aceptarse la opinión contraria, fundada en sentimientos de humanidad, y entendemos que no puede ser aplicado el principio de la retroactividad á los hechos terminados ya en virtud de las leyes anteriores y á la reducción de las penas impuestas que estuvieren ya cumpliéndose. Sostenemos esta misma opinión, *aun en el supuesto de que la nueva ley haya sustituido la pena perpetua señalada para un determinado delito por una pena temporal;* y á fin de mantener siempre inatacable la autoridad de la cosa juzgada, opinamos que en este caso podría encontrarse el remedio eficaz en el derecho de la *gracia de indulto*, sin tener que torcer para ello el principio de la irrevocabilidad del fallo... Admitimos que los beneficios de la nueva ley penal más benigna puedan hacerse extensivos á los condenados de un modo irrevocable, en cuanto concierne á los *efectos* y á las consecuencias de las condenas (como la interdicción civil, pérdida de algunos derechos, etc.).»

(5) *Verbali*, etc., pág. 17.

(1) Ob. cit., t. I, págs. 363 y sigs.

(2) *Verbali*, etc., págs. 17 18.

(3) *Código penal reformado, comentado novísimamente*. Madrid y Santiago, 1851, págs. 132 134. La doctrina de este autor acerca del particular es muy semejante á la de Carrara.

(4) *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1848, págs. 210-211.

Digitized by Google

mejante resultado único, ó sea en la argumentación de que se sirven, en los fundamentos en que pretenden apoyarse.

Los que niegan efectos retroactivos á la nueva ley en el caso propuesto aducen estos dos motivos: 1.°, la necesidad de respetar la cosa juzgada; 2.°, las dificultades que para aplicar la nueva ley se ofrecerían, puesto que habría necesidad de revisar un sinnúmero de procesos (1). Esto, aparte del gran peligro que para la sociedad representaría el tener que dar libertad á un número considerable de delincuentes.

Por su parte, á los defensores de tal retroactividad no les ha sido difícil poner de bulto lo inconsistente de estos motivos. En primer lugar, por lo que toca al respeto á la cosa juzgada, los mejores de dichos partidarios de la retroactividad (2)

---

(1) «No faltaba más, sino que una nueva magistratura estuviese ocupada, por espacio de tres ó cuatro años, en revisar todas las sentencias de los cien mil ó ciento veinte mil condenados que hay en el reino, y en demoler lo más sagrado que hay en el mundo civil, ó sea la cosa juzgada» (Arabia, *Principii del diritto penale*, pág. 70.) Al discutirse el proyecto del código penal italiano (hoy ley), varios miembros de la Comisión (entre ellos, el propio Arabia) hicieron análogas observaciones: Calenda «hizo notar las *inmensas dificultades prácticas* que habrían de presentarse para revisar varios miles de procesos y ver si concurren en ellos los diferentes factores que la ley pudiera introducir para apreciar los hechos punibles y para hacer la comparación entre la pena antigua y la nueva, según su respectiva y diferente intensidad»; Lucchini «insistió en las *dificultades*, antes bien en la *imposibilidad* de hacer nuevamente el examen del hecho»; Curcio, después de invocar «el respeto á la cosa juzgada, que es el más firme fundamento del mundo jurídico, se preocupaba de la inmensa cantidad de trabajo que se echaría encima la magistratura, dado el número de cincuenta mil condenados, por término medio, y la necesidad que existiría de tomar en consideración todas las circunstancias de hecho para apreciarlas con relación á la nueva ley, comparativamente á la ya aplicada. (*Verbali*, etc., págs. 17-20.)—Fiore (ob. cit., págs. 420 y sig.) aduce idénticas razones.

(2) Algunos, no encontrando otro medio para justificar la retroactividad de que se trata, y queriendo afirmarla á toda costa, se han refugiado en un argumento tan indefendible como socorrido, y es: que si bien el respeto á lo ejecutoriado es un principio que debe mantenerse *en la generalidad de los ca-*

Digitized by Google

confiesan que no hay precisión de faltar á este respeto; porque, al dar efecto retroactivo á la nueva ley, se acepta la definición que del delito haya hecho la sentencia ya firme, y de lo único que se trata es de conmutar ó de mitigar la pena más severa que haya sido impuesta (2). Añaden, con razón, que «si el argumento de la cosa juzgada tuviera algún valor, no se comprende por qué no ha de aplicarse también al caso en que la ley posterior borra del catálogo de los delitos un hecho que según la ley anterior era punible. Y sin embargo, todos están contestes en admitir en este caso la retroactividad de la ley penal, aun en favor de los condenados de un modo irrevocable,

---

sos, porque así lo exigen consideraciones de alto interés público, puede, no obstante, sufrir *excepción algunas veces*. (Groizard, ob. cit., t. I, pág. 100.)

(2) «La cosa juzgada permanece intacta, porque *no se trata de revisar el proceso, ni de tocar la sentencia*, sino de conmutar ó de mitigar la pena más severa aplicada, por haberla reprobado el legislador por desproporcionada é injusta.» (Paoli, ob. cit., pág. 21.) Para este autor, la nueva ley más benigna debe tener siempre efecto retroactivo, sin distinguir entre procesados no condenados, ó condenados en sentencia que no es aún firme, y los condenados de un modo irrevocable. «Así como se reconoce *injusto* que el tratamiento más severo de la ley vigente al tiempo de cometerse el delito sea aplicado á aquellos que han sido juzgados bajo el imperio de una ley penal más benigna, debe reconocerse que hay *igual injusticia (a)* en mantener la dureza de aquel tratamiento con respecto á aquellos que hayan sido *irrevocablemente condenados* anteriormente á la ley nueva; tanto más cuanto que la diferente condición de los culpables, que produce para los segundos consecuencias tan graves, es cosa del todo casual y ENTERAMENTE INDEPENDIENTE DE ELLOS. Supongamos, v. gr., que un delito sea punible con *veinte años de trabajos forzados* y que, por virtud de una ley posterior, este delito se castigue con sólo *tres años de cárcel*. Dos individuos cometieron tal delito bajo el imperio de la ley precedente, ó sea la más severa. Uno confesó inmediatamente su culpa, y pudo en breve tiempo ser juzgado y condenado, de manera que cuando se

---

(a) Paoli invoca motivos de estricta justicia, no de mera indulgencia, para la retroactividad de la nueva ley más suave á los casos en que se haya dictado sentencia firme. Y es que se hace este razonamiento: «Si la retroactividad de la nueva ley más benigna es un principio de justicia (lo es, decimos nosotros, la retroactividad *de toda ley*, sea más benigna ó más dura; véase § 88), debe serlo en todos los casos, y no sólo en algunos.»

Digitized by Google

y nadie se ha atrevido á afirmar y á sostener lo contrario» (1). Finalmente, como dijo Nocito en el seno de la comisión que discutió el vigente Código penal italiano, la cosa juzgada es á la vez una presunción de hecho y otra de derecho. La primera permanece en pie, puesto que el hecho queda lo mismo que fué definido en la sentencia firme; la segunda tiene necesariamente que desaparecer, desde el momento en que el legislador ha venido á negarla, cambiando la ley (2).

En segundo lugar, por lo que se refiere á las dificultades prácticas para aplicar la nueva ley á los hechos ya juzgados, estas dificultades «podrán ser razones para limitar la eficacia del principio, no para negarlo» (3).

Y en tercer lugar, cuanto á la preocupación de que sean puestos en libertad de una vez muchos condenados, se observa que «si es indudable que todos éstos no fueron sentenciados en un mismo día y por un período igual de pena, es natural que su liberación deba tener lugar gradual y sucesivamente, no en un mismo día» (4).

97. Dada esta multiplicidad de doctrinas y de opiniones en los escritores, no es posible esperar otra cosa que un estado

---

publicó la ley más benigna, su condena á *trabajos forzados* era ya *irrevocable*. El otro, por el contrario, negó, por lo que, merced á varias circunstancias, su proceso se hallaba pendiente cuando se publicó la nueva ley. Ahora bien: ¿con qué justicia podrá aplicarse á este último, como debe hacerse, la pena de sólo tres años de cárcel, y dejar que el primero sufra veinte años de trabajos forzados?» (Id., págs. 19-20.) Para nosotros, ya se comprende, esta cuestión no tiene importancia.

La necesidad de respetar la cosa juzgada, no dando efecto retroactivo á la ley nueva para rehacer el juicio, sino tan sólo «para paralizar en todo ó en parte sus consecuencias respecto á la ejecución ó expiación de la pena», la reconocen también Tolomei (*Verbali*, etc., págs. 20-21), Olivi (ob. cit., páginas 552 y sig.) y otros.

(1) Paoli, ob. cit., pág. 22.

(2) *Verbali*, etc., pág. 19.

(3) Nocito, loc. cit.

(4) Id., íd.

Digitized by Google

permanente de vacilación, de inseguridad, de soluciones varias y opuestas en el terreno legislativo. Por eso, no es de extrañar que en aquellos países, como Italia, donde se han sucedido en un período relativamente corto de tiempo varios proyectos de Código penal, los unos resolvieran la cuestión de modo diferente que los otros, según la corriente que predominara (1); como no es de extrañar tampoco que las comisiones

(1) En efecto, en el proyecto de De Falco, de 1864, el art. 3.°, párrafo tercero, disponía, que «si la pena hubiera sido ya impuesta por sentencia irrevocable, debía reemplazarse, *en cuanto á la ejecución* de dicha pena, aquella más suave, por su clase ó por su duración, que para el delito definido en la sentencia estableciere la ley sucesiva». La Comisión de 1866-68, no obstante las *dificultades prácticas* que veía para la actuación de este precepto, lo mantuvo, modificándolo sólo en la forma; y lo mantuvo porque, según ella decía, «las dificultades de ejecución no pueden ser suficientes para abandonar un principio cuando éste se halla fundado en la justicia», ni el dar efecto retroactivo á la ley más benigna debe ser un acto de gracia, sino obra de justicia, que deberá realizar la autoridad judicial, *ope legis*. Por el contrario, la Comisión de 1869-70 se opuso á la retroactividad, en razón de las dificultades prácticas que ofrecía. El proyecto de Vigliani, de 1874, art. 4.°, párrafo primero, admitió dicha retroactividad en cuanto á los condenados irrevocablemente á *penas perpetuas*; mas en cuanto á los condenados irrevocablemente á *penas temporales*, las *dificultades de ejecución* hicieron que el ministro no les concediese de justicia el beneficio de la retroactividad, y que este beneficio quedara encomendado á la gracia de indulto (art. 4.° cit., párrafo segundo). El Senado aprobó, en 1875, este proyecto, no sin fuerte oposición de algunos Senadores (De Falco y De Filippo), que querían que el beneficio se hiciera extensivo por la ley, lo mismo á las penas temporales que á las perpetuas. La Comisión ministerial de 1876 propuso que se volviera al primitivo proyecto de De Falco (1864-68); y en efecto, el ministro Mancini aceptó la propuesta, y en el proyecto que presentó á la Cámara de los Diputados, en 25 de Noviembre de 1876, existía un art. 2.°, cuyo párrafo tercero decía: «Si la pena hubiere sido ya impuesta por sentencia irrevocable, se aplicará la pena más benigna, sea por su especie, sea por su duración, que haya establecido la ley posterior para el delito definido en la sentencia.» La Cámara de los Diputados aprobó esta fórmula en 28 de Noviembre de 1877, estimando que la aplicación de la misma debía hacerla el magistrado (igual que lo había dispuesto el proyecto de Vigliani, aprobado por el Senado). Los proyectos posteriores, de Zanardelli, en 1883; de Savelli, en 1888, y de Tajani, en 1885, mantuvieron la fórmula

Digitized by Google

nombradas para dictaminar sobre tales proyectos se inclinaran por una ú otra de las dos opuestas soluciones, según predominaran en ellas los miembros partidarios de la primera, ó los de la segunda opinión (1); ni debe extrañar por fin que el mismo

---

del proyecto de Mancini, así como también el segundo proyecto del propio Zanardelli, en 22 de Noviembre de 1887, que es el que sirvió de base al vigente Código penal de Italia. (V. Travaglia, ob. cit., págs. 40-41; Paoli, ob. cit., páginas 22-25; Fiore, ob. cit., pág. 417.)

(1) De las Comisiones que dictaminaron sobre los proyectos anteriores al de 1887, ya se habla en la nota anterior. La Comisión de la Cámara de los Diputados, nombrada en 1888, para dar dictamen sobre el proyecto de Zanardelli, de 1887, propuso que los tres últimos párrafos del art. 2.° de dicho proyecto se suprimieran de él y se transportaran á las disposiciones transitorias. Aceptaba, por tanto, esta Comisión el principio de la retroactividad de la ley más benigna aun á los hechos sobre los que hubiera recaído sentencia firme, y sólo se oponía á que tal principio figurase en el cuerpo de la ley. Los párrafos en cuestión contenían los siguientes preceptos: «Si la pena ha sido ya impuesta por sentencia irrevocable, se aplicará la penalidad más benigna, sea por su especie, sea por su duración, que haya establecido la ley vigente para el delito definido en la sentencia. Cuando se aplique la pena más benigna por su especie, no puede la misma imponerse por un tiempo mayor del que se halle fijado en la sentencia. La ley posterior más benigna se aplica también en lo que respecta á los efectos de las condenas anteriores, salvo los derechos de terceras personas.»

En cambio, la Comisión nombrada por el Senado para dictaminar sobre el mismo proyecto, apoyándose sobre la máxima de la irrevocabilidad de la cosa juzgada, propuso la supresión pura y simple de los párrafos que se acaba de transcribir, y únicamente admitió que, en caso de diversidad de pena entre la ley nueva y la antigua, puedan adoptarse temperamentos de equidad y de gracia. Añadió, sin embargo, que en las disposiciones transitorias se proveyera al menos al caso de condena á penas capitales ó perpetuas por delitos que, según la nueva ley, sólo merecieran pena temporal (*Verbali*, obra citada, págs. 16-17; Travaglia, ob. cit., pág. 41). La opinión que prevaleció fué la de no dar efecto retroactivo á la nueva ley más benigna, en cuanto á las sentencias firmes, dejando el regular esto á las disposiciones transitorias; por tanto, del texto del art. 2.° del Código penal vigente en Italia se suprimieron los tres párrafos de que se ha hecho mérito. Olivi sostiene, sin embargo, que con arreglo al párrafo tercero del art. 2.° de dicho Código—que dispone de un modo general que «si la ley penal del tiempo en que el delito fué cometido y las *posteriores* son diferentes, se aplicará la que contenga dis-

Digitized by Google

ministro, Zanardelli, encontrara primero aceptable la retroactividad, y la incluyera en el proyecto de 1887, y luego la encontrara inaceptable, y suprimiera las disposiciones que á la misma se referían (1). Algo parecido ocurrió en Alemania cuando se discutió, en la Dieta imperial, el Código penal para la Alemania del Norte, Código que después llegó á serlo de

---

posiciones más favorables al inculpado»—puede afirmarse que la nueva ley más benigna es retrotraible aun á los hechos juzgados con sentencia definitiva; tanto más, cuanto que el mencionado párrafo sigue inmediatamente á la regla establecida en el art. 1.°, según la cual «nadie puede ser castigado por un hecho que con arreglo á una ley posterior no constituye delito, *y si se ha pronunciado condena, cesa desde luego su ejecución y sus efectos penales*» (Olivi, ob. cit., pág. 557). Ciertamente, si el legislador hubiera querido disponer lo que de esta interpretación de Olivi resulta, hubiera dejado subsistentes los párrafos suprimidos, con lo que no se hubieran ofrecido dudas. Es, por consiguiente, preciso estar muy preocupado con la idea de que, por todos los medios posibles, hay que favorecer al reo, para hacer una afirmación como la que aquí hace Olivi, tan opuesta á la verdad, la cual resulta de un modo tan evidente de toda la historia del Código de que se trata.

(1) En el proyecto primeramente presentado, decía que, del principio según el cual «no hay delito sin una ley penal anterior que lo prevea», fluyen varias consecuencias, entre ellas las disposiciones por virtud de las cuales, «las condenas que hubieran adquirido la autoridad de cosa juzgada y que se hallaren en curso de ejecución por delitos cometidos con anterioridad á la nueva ley, y por ésta reprimidos más benignamente, debían ser *reformadas* á tenor de la misma, sustituyendo la pena ya impuesta con la más suave, por su especie y por su duración, establecida por la ley vigente, y si fuese más suave sólo por su especie, no aplicándola nunca por un tiempo mayor del fijado en la sentencia condenatoria.» (*Progetto del codice penale per il Regno d'Italia preceduto dalla relazione ministeriale, presentato dal ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, Zanardelli.* Roma, Stamperia Reale, 1883, pág. 58.) En cambio, al presentar para su aprobación el texto definitivo de dicho Código, donde ya estaban suprimidos los tres últimos párrafos, se refería el ministro, para justificar la supresión, al informe de las dos Comisiones parlamentarias, al de la Comisión de revisión, y á la que llamaba «razón principal de semejante supresión», ó sea la de las dificultades prácticas para verificar la equiparación entre los delitos de la ley antigua y los de la nueva (*Relazione a S. M. il Re del ministro Guardasigilli, Zanardelli, per l' approvazione del testo definitivo del Codice penale.* Roma, Stamperia Reale, 1889, pág. 15.)

Digitized by Google

toda la nación: el propósito que en el proyecto de este Código se expresara, de extender las disposiciones más benignas del mismo (con relación á las leyes anteriores) á los delincuentes ya condenados por sentencia irrevocable, fué sumamente combatido, en virtud del respeto á la cosa juzgada; hasta que se consiguió que semejante propósito quedara abandonado (1).

En los Códigos encontramos la misma variedad. Aunque es cierto que el principio dominante en ellos ha sido y es el de la no retroactividad de la ley nueva más benigna á los reos definitivamente condenados (2), también lo es que han existido y aun existen algunos que han admitido el principio contrario (3).

---

(1) Mayer, *Der Entwurf eines Strafgesetzes für das Königreich Italien (El proyecto de Código penal para el reino de Italia)*, Viena, 1889, citado por Fiore, obra citada, pág. 416, nota.

(2) Los Códigos penales de Baviera, de 1813 y 1861; de Sajonia, de 1838 y 1855; de Hanover, de 1840; del Gran Ducado de Baden, de 1845; los austriacos, de 1803 y 1852; el prusiano, de 1851; el de Francfort, de 1856, y otros, han sancionado el principio absoluto de la no retroactividad de la ley penal nueva á las sentencias anteriores que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada (Gabba, *Della retroattività*, etc., t. II, pág. 347, citado por Olivi, ob. cit., página 553). De los más recientes, tenemos el del Cantón del Tessino, el cual únicamente admite (art. 8.°) la conmutación en el caso de que haya sido cambiada la clase de la pena; el de Zurich, el de Bélgica (art. 2.°), el de Holanda (art. 1.°), el de Hungría (art. 2.°), el de Portugal (art. 1.°), el italiano (art. 2.°) y otros, los cuales no contienen disposiciones relativas á la cuestión, y por tanto, en los respectivos países no podrá retrotraerse la ley nueva á los hechos juzgados por sentencia irrovocable. (V. Fiore, ob. cit., págs. 415-416; Olivieri, artículo citado, *Archivio di Psichiatria*, t. IX, 1888, pág. 606.)

(3) Como la ley francesa de 3 de Septiembre de 1792, la de 1858 y la ordenanza transitoria de Hanover de 20 de Mayo de 1814; bien es verdad que todas ellas fueron legislaciones con carácter excepcional, puesto que se propusieron satisfacer exigencias especiales y aisladas. Como tipo de disposición permanente, tenemos el art. 18 de la Introducción al *Derecho general territorial prusiano* de 1787, que decía: «La disminución de una pena establecida por la ley anterior aprovecha aún á aquel delincuente el cual no ha sufrido todavía esta pena al tiempo de publicarse la nueva ley.» Este artículo fué abolido en el Código penal de 1851. (V. Gabba, loc. cit.; Olivi, ob. cit., páginas 553-54.)

Digitized by Google

Esto es cabalmente lo que acontece con nuestro Código penal vigente (1).

98. A nuestros ojos, la cuestión que se ventila, y que de tan difícil solución parece, según se acaba de ver, carece de toda importancia, y hasta deja de ser tal cuestión. En efecto, como ejercida la función penal en la forma en que nosotros creemos se debe ejercer para que pueda decirse función racional y humana (según el modo como *hoy* podemos concebir lo racional y lo humano), no podrán los jueces dictar *sentencias definitivas*, sino únicamente *providencias provisionales*, rectificables según y cuando lo tengan por conveniente para la mejor consecución del fin que persiguen, claro está que se imposibilita la existencia del problema, por faltar los elementos, los términos de que el problema surge.

Por otra parte, si el ejercicio de la función penal ha de ser *libre*, como el de la medicina, para poder ser inteligente, acertado y provechoso; si, por consecuencia, no deben existir leyes

(1) «Art. 23. Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, *aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena.*» El ministro Zanardelli no debió conocer esta disposición, ó no quiso considerar como Código al nuestro (á pesar de estar vigente desde 1870, y á pesar de que los españoles, los españoles doctos especialmente, lo elogiaban con exceso), cuando en su *Relazione per l' approvazione del testo definitivo del Codice penale*, recurría como argumento último para justificar su variación, de que anteriormente hemos hecho mérito, con respecto al particular que nos ocupa, al siguiente: «No se debe olvidar á este propósito que *ningún Código extranjero*, ningún Código italiano anterior al presente, ha creido posible ni oportuno consignar las disposiciones contenidas en los párrafos dichos» (los tres párrafos últimos del art. 2.° del proyecto, de los cuales hemos hablado poco ha). *Relazione* citada, pág. 15. Tampoco debía conocer nuestro Código el profesor Lucchini, ó si lo conocía, no tendría de él la mejor idea, cuando en el seno de la Comisión nombrada en Italia para proponer las modificaciones que debían introducirse en el proyecto de Código penal de 1887-1888, afirmó que «no hay Código extranjero *reputado* que haya aceptado tal principio» (el de la retroactividad de la ley nueva á los casos en que se hubiere fallado con sentencia firme). *Verbali*, etc., pág. 18.

Digitized by Google

que impidan los movimientos del juez, como no deben impedirse los del médico, para buscar las causas de la enfermedad que se llama delincuencia y para atajarlas en lo posible, ó remediar sus malos efectos, es llano que no podrá ofrecerse duda tocante á la retroactividad ó no retroactividad de leyes *que no existen.*

Finalmente, aun suponiendo que haya leyes penales y que los tribunales deban dar forzosamente sentencias definitivas, la cuestión que tratamos deja de parecer grave, desde el momento en que se estime que la administración de justicia penal es una función buena por sí misma y provechosa para todos, y desde el momento en que, por ser buena, se conceda á los órganos que la desempeñan amplias facultades para cumplirla como mejor crean en su ilustración que debe ser cumplida. Con la administración de justicia, pues, como función preventiva, los tribunales podrán hacer uso de su prudente arbitrio para dar ó no dar fuerza retroactiva á una ley nueva aunque se haya dictado sentencia firme; sin que para esto se tropiece con el doble estorbo de la autoridad de la cosa juzgada, que no pasa de ser una superstición como muchas otras (1), y de las dificultades de orden práctico (2).

---

(1) El respeto á la cosa juzgada debe emanar de la bondad y justicia intrínseca del fallo, en modo alguno debe ser un respeto impuesto desde fuera, como se impone, v. gr., en sociedades atrasadas el respeto y la aceptación de un dogma religioso á aquellos que no creen en él. Las sentencias de los tribunales deben ser rectificables cuando se demuestre que son erradas; deben, por lo mismo, y para que esta demostración sea fácil, ser discutibles. Quienes más han de ir ganando con esto son los tribunales mismos, aunque ellos no lo juzguen así, por varias causas, principalmente por la inercia mental, que suele dominarles muy fuertemente, como domina en general á todas las clases que aún se mantienen en situación excepcional y privilegiada: el clero, el ejército, la nobleza, etc. El día en que se deje de estimar á la administración de la justicia penal como una institución *santa, sagrada, inviolable;* en que desaparezcan para siempre las ritualidades ridículas, la toga *(a).*

(a) El uniforme, que aun *distingue* á ciertas clases y profesiones, bien de un modo permanente, como al ejército y al clero, bien de un modo transito-

Digitized by Google

99. Dado el primer paso en falso, todos son tropiezos. Metidos los autores en este laberinto (para ellos) de la retroacti-

el juramento, el ceremonial todo, cosas que imponen respeto tan sólo á las personas sencillas y superticiosas, pero de que se ríen, no ya los jueces mismos, como se reían los antiguos augures de su función engañosa, sino todos los que «están en el secreto» y han tenido ocasión de ver las cosas «por dentro»; el día en que los funcionarios del orden judicial penal se paguen menos de exterioridades y más de la sustancia, en que todos sus acuerdos, providencias, órdenes, las tomen, razonen y dicten á la luz del día, públicamente, á la llana, no en secreto, ni empleando fórmulas sacramentales, sibilíticas, cuya significación sólo conocen los iniciados; el día en que, por ser la administración de justicia penal una función verdaderamente social, que interesa á todos, á que todos debemos contribuir y cooperar, puedan y deban discutirse los acuerdos judiciales, y los magistrados estimen que esta discusión en nada merma sus prestigios, que son los prestigios de la verdad, sino que antes bien la discusión es un elemento que debe aprovecharse y que puede ayudarles á mejor desempeñar su papel de médicos sociales, proporcionándoles datos que ellos no conocen, señalándoles defectos que no habían advertido ....: ese día será el día que comience á ennoblecerse la misión del juez penal, tan rodeada hoy de sombras, sobre cuya utilidad y valor actual caben tantas dudas, y el día que los órganos que la desempeñan fundarán la estimación y el respeto de sus conciudadanos en sus propios actos, no en la jerarquía que ocupen ni en los honores y garantías que *les da* la ley.

(2) En cuanto se considere la pena como medio preventivo, estas dificultades desaparecen: el juez aplicará el tratamiento penal nuevo cuando lo estime procedente, no en los demás casos, lo mismo que el médico hace uso, para los enfermos á quienes ya viene tratando, de los nuevos medicamentos y de los nuevos metodos de curación, cuando lo considera oportuno, y sigue empleando los antiguos en el caso contrario. A nadie le ha ocurrido decir que la invención de un nuevo medicamento traiga dificultades prácticas al arte de curar: únicamente las traería cuando, tan pronto como la invención se hubiera hecho, se obligara á emplear dicho medicamento con todos los individuos que estuvieran sometidos á otro distinto tratamiento terapéutico en el instante de la invención.

rio, mientras se ejercen ciertas funciones, como al magistrado, al profesor, etc., es una de las cosas que más contribuyen á mantener ciertos errores, á fomentar el culto de las formas y de las apariencias, y á imbuir en el alma de quienes lo llevan una idea muy equivocada de su persona, una idea falsa de superioridad sobre los demás coasociados. (V. acerca del influjo del uniforme sobre la psicología del militar, A. Hamon, *Psychologie du militaire professionnel*, París, 1894.)

Digitized by Google

vidad y de la no retroactividad, según los casos, de la ley penal nueva, no pueden dirigir la vista á ningún sitio, sin encontrarse con que se hallan encarcelados en un callejón sin salida; sin salida, se entiende, por medios normales, sin cometer atropello con la razón y la lógica.

Puesto que la única ley penal á que se reconoce efecto retroactivo es la más benigna, se imponen forzosamente estas preguntas: *¿Cuál* será el *criterio* con arreglo al que deberá determinarse la ley más benigna? ¿Y *quién* ha de fijar este criterio?

Si las dos leyes que deben ser comparadas establecieran siempre las mismas, exactamente las mismas penas, en cuanto á su naturaleza y especie, diferenciándose tan sólo en cuanto á la mayor ó menor duración de aquéllas; si admitieran las mismas escalas graduales de penas; si los elementos constitutivos de todos los delitos fueran en ambas leyes los mismos, esto es, si los conceptos de cada determinado delito fueran conceptos invariables, idénticos siempre y para todos los legisladores; si á cada delito se le señalara en las dos leyes la misma pena y solamente variase la cuantía de ésta; si, además, la ley nueva respetase el *máximum* ó el *mínimum* de duración de una pena señalados por la ley antigua, y no alterase sino el otro término, ó sea que respetara el *máximum* y alterara el *mínimum*, ó viceversa: en suma, si las dos leyes fuesen iguales en todo menos en la cantidad de la pena, y esta cantidad pudiera ser apreciada con entera precisión, es claro que el problema de saber cuál de las referidas dos leyes es la más benigna es un problema muy fácil: la ley más benigna es aquella que impone la pena de menos duración.

Pero la cuestión se presenta muy pocas veces en estos términos tan sencillos. Lo más frecuente es que sean varios los criterios á que deba acudirse (1), y que esta variedad haga que

(1) «La mayor suavidad y la mayor benignidad de una ley—decía el ministro italiano Mancini, en su *Relazione* al proyecto de Código penal, de que

Digitized by Google

la ley que por un concepto aparezca como más severa se ofrezca bajo otro concepto como más benigna, y al contrario. De aquí que la determinación de si una ley es más ó menos suave que otra, sea, en la mayor parte de las ocasiones, un verdadero logogrifo, y de aquí que las soluciones que en los escritores encontramos al problema que nos ocupa sean en extremo diversas.

Como quiera que la regla dominante con carácter de absoluta en esta materia es la de la mayor benignidad, la de buscar lo que sea más favorable para el reo, parecía obligado que éste tuviera facultad de decir por qué ley quería ser juzgado y castigado, puesto que nadie mejor que él podría conocer qué disposiciones le resultaban más beneficiosas (1).

---

hemos hecho mención anteriormente—no pueden apreciarse con arreglo al criterio *exclusivo* de la *especie* y de la *duración* de las penas. Pueden darse otras condiciones con arreglo á las cuales, independientemente de la pena, una ley es más benigna que otra. Así, puede una ley ser más benigna que otra en cuanto á las *condiciones para el ejercicio de la acción penal*, si una dispone que un determinado delito es perseguible de oficio y la otra requiere, para que tenga lugar el procedimiento, la querella de la parte agraviada. Puede una ley penal ser más benigna que otra en cuanto á la *prescripción*, si la una requiere un plazo mayor y la otra un plazo menor para que prescriba la acción penal ó la pena. Finalmente, puede una ley penal ser más benigna que otra en cuanto á los *elementos necesarios para constituir el delito*, si, por ejemplo, la una presumiera la violencia en el abuso de una muchacha menor de catorce años y la otra no admitiera la violencia presunta, sino en el caso de violencia de una muchacha menor de doce años.» (*Relazione ministeriale sul progetto Mancini*, pág. 85, citada por Paoli, ob. cit., pág. 19, nota, y por Impallomeni. ob. cit., t. I, pág. 68.)—Lisst (ob. cit., pág. 75), Geyer (ob. cit., I, pág. 90) y otros se expresan de una manera análoga, diciendo que, para saber si una ley es más ó menos benigna que otra, hay que tomar en consideración, no sólo la pena misma, sino otros elementos, como las penas accesorias, el influjo de las circunstancias atenuantes ó agravantes, los preceptos relativos á la reincidencia, á la codelincuencia y complicidad, á las condiciones de la punibilidad, etc., y sobre todo, lo que concierne á la prescripción y á si el delito es perseguible de oficio ó á instancia de parte.

(1) El reo, lo que preferiría, es que no se le juzgase ni condenase con sujeción á ninguna ley. Y sería, después de todo, más lógico que los penalistas,

Digitized by Google

Esta es la solución que han propuesto y adoptado algunos escritores, principalmente franceses, entre ellos, Chauveau y Hélie (1).

Sin embargo, la generalidad de ellos la rechaza, ya porque en materia penal no pueden admitirse convenciones eficaces (2), ya por las dificultades prácticas que la elección del delincuente ofrecería (3).

Francamente, á nosotros no nos parece que estos argumen-

---

puesto que *lo más favorable para él*—criterio supremo en toda esta materia—es no ser procesado ni penado de ninguna manera. (V. más atrás, cap. III, § 79.)

(1) Chauveau y Hélie, ob. cit., t. I, pág. 52. Tampoco Fiore parece que se atreve á rechazar este criterio, aunque no se resuelve á adoptarlo. «Cuanto á esta opinión, dice, debemos notar que no se podría, ciertamente, negar al acusado el derecho de declarar por cuál de las dos leyes desea ser juzgado; pero esta declaración no podría, en sustancia, mermar el derecho del magistrado á juzgar y sentenciar con arreglo á la ley que debe aplicar.» Lo que es tanto como reconocer la facultad de opción á la vez al reo y al magistrado, facultades que no se armonizan muy bien.

(2) Carrara, ob. cit., t. II, § 766, pág. 274. Esta razón podría alegarse fundadamente, si fuera cierto que el criterio en que han de inspirarse las leyes penales es el del interés social, no el del interés individual. Mas ya se ha dicho y demostrado que el sistema penal reinante, lejos de apoyarse en el interés social, pospone casi siempre éste al interés del individuo. Y es que, dada la concepción de la pena como un mal, y la poderosa corriente individualista (consecuencia en parte de tal concepción) que nos envuelve desde hace más de un siglo, no podia ser de otra manera. El individualismo, que en otras esferas ha sido también poderoso, pero ya va muy debilitado, continúa aún muy fuerte en ésta, bastante mezclado con el humanitarismo.

(3) «La solución es peregrina, dice Trébutien. ¿Cómo haría el criminal su elección? Según que el juez entendiera que debía aplicársele el máximum ó el mínimum, el interés del reo estaría en elegir la ley antigua ó la nueva. ¿Habrá de ir á consultar de antemano al juez cuáles son sus secretas intenciones? Es dudoso que éste se las comunique. Por otra parte, sería preciso emplear un procedimiento curioso. Se necesitaría una primera decisión, para reconocer la culpabilidad del agente y concederle un plazo para elegir. Después, cuando ya hubiera ejercitado el derecho de opción, se necesitaría otra nueva decisión para pronunciar la pena. ¡Qué de esfuerzos y de precauciones! Es inútil discutir más por extenso este sistema.» (Trébutien, ob. cit., t. I, páginas 149 150.)

Digitized by Google

tos sean bastante fuertes, para que los penalistas que comulgan en las teorías dominantes rechacen el sistema de la elección del reo, sobre cuál de dos leyes penales es más benigna. La única razón sólida para ello debería ser la de que las leyes penales están establecidas en beneficio de la sociedad, y no en el del delincuente; por tanto, que á éste no puede consentírsele que opte por la ley que más le convenga, ó crea convenirle. Mas tal razonamiento es de aquellos que la antigua lógica decía que, por probar demasiado, no prueban nada. En efecto, si en esta ocasión se prescinde del principio *pro reo* y se invoca el principio *pro societate*, ¿por qué no se hace lo mismo en todos los demás extremos que comprende la teoría de la ley penal en el tiempo, y la teoría de la interpretación de las leyes penales, y la teoría de las fuentes del derecho penal, en todas las cuales teorías hemos visto ser siempre el criterio supremo é inapelable el de la benignidad, el del *mayor favor* posible al reo? Y si se arguye diciendo que el privar al delincuente de la elección de la ley más benigna no es privarle del mayor favor, puesto que la elección la hace quien sabe *mejor que él mismo lo que le conviene*, replicaremos que esto mismo podrá y deberá suceder en todas las demás ocasiones, y por consiguiente, que si ahora el juez ó el legislador están en mejores condiciones que el reo para saber qué es lo más favorable á éste, no se ve por qué no sabrán *siempre* escoger esto más favorable, á pesar de que el reo mismo estime *equivocadamente* que le es perjudicial. Mas con esta posición cambia todo el problema penal. Los legisladores y los magistrados deberán siempre buscar lo que á juicio suyo sea más favorable al delincuente (que será también lo más beneficioso para *todos)*, aunque á primera vista se ofrezca como perjudicial, y aunque, por implicar un padecimiento, el delincuente mismo lo repugne; las leyes penales se interpretarán según exigencias racionales, unas veces extensiva y otras restrictivamente, no en todo caso de este último modo, porque no serán materia odiosa sino para las inteligencias miopes, serán materia *favorable;* no serán siempre y por fuerza las leyes

Digitized by Google

más suaves las más favorables para el reo, sino que lo serán, según los casos, las más suaves ó las más duras; por tanto, podrán tener efecto retroactivo (ó no tenerlo), indistintamente, unas ú otras; en fin, la función penal, objetivamente considerada, será una función social muy beneficiosa para todos, acaso, más que para nadie para el reo, no obstante que á éste, subjetivamente, y á los de corto entendimiento, pueda parecerles lo contrario; y, por consiguiente, no habrá temor alguno de que aquellos que la ejercen como sus órganos, los tribunales, tengan toda la amplitud y libertad que necesitan para desempeñarla bien. Si no se concibe la función penal del modo que acabamos de indicar, no puede negarse al reo el derecho de declarar cuál de dos leyes penales es la más benigna y por cuál desea ser juzgado; si, por el contrario, se le niega este derecho, en nombre de un interés social que está sobre su particular interés, no puede, sin inconsecuencia, suplantarse dicho interés social en las restantes ocasiones que se ofrezcan; antes bien, es preciso invocarlo, como un interés que cobija á todos, incluso al reo.

100. Otra solución al problema que nos ocupa es la de que el juez combinara las dos leyes, tomando de una y de otra lo que ofrecieran de más favorable al reo. Esta solución, adoptada por algunos tratadistas (1), es la que, después de la anterior, más se compadece con la «última y suprema verdad» que domina en esta materia: la del *mayor favor* al culpable (2). Sin embargo, casi todos los escritores la rechazan, diciendo que el dejar al juez la facultad de combinar ambas leyes es darle facultades legislativas, confiándole el derecho de formar una ley mixta, y que, por consiguiente, no hay más remedio que atenerse *exclusivamente*, bien á la una, bien á la otra ley (3).

---

(1) Como Blanche, por ejemplo. Véase ob. cit., t. I, núm. 33, págs. 56-57.

(2) Carrara, ob. cit., t. II, § 778, pág. 281.

(3) Así lo dicen Chauveau et Hélie, ob. cit., I, pág. 51; Trébutien, ob. cit., I, pág. 149, Le Sellyer, ob. cit., I, págs. 361-362; Garraud, ob. cit., I, pág. 186 y nota 5.

Digitized by Google

Como ninguna de estas soluciones satisface á los tratadistas, han procurado buscar otras, y bien puede decirse que cada cual ha adoptado la suya.

Prescindiendo ya de otros criterios, con arreglo á los cuales puede una ley penal ser más severa ó más benigna que otra (1), y ciñéndonos á sólo el punto de vista de la penalidad, ¿á qué debe atenderse para graduar la gravedad de una pena: á su *naturaleza*, ó á su *duración*, ó á la combinación de ambas cosas? Los dos criterios se han seguido. Garraud (2), Haus (3), Blanche (4), Olivi (5), Carrara y Le Sellyer (6), unos más, otros menos explícitamente, optan por la preferencia de la naturaleza y especie de las penas (7); mientras que otros, como Travaglia (8), entienden que se debe seguir un criterio de combinación (9).

Haus, ob. cit., I, pág. 152; Liszt, ob. cit., pág. 74; Travaglia, ob. cit., I, págs. 36 y siguientes; Fiore, ob. cit., pág. 410; Pessina, ob. cit., I, pág. 130; Carrara, obra citada, II, pág. 274; Serafini, ob. cit., págs. 6-8, el cual cita la jurisprudencia que sobre este particular ha sentado el Tribunal Supremo de Roma, después de publicado el nuevo Código penal italiano; Olivi, ob. cit., págs. 513 y sigs. y 548. Hay que advertir que algunos de estos escritores, no obstante rechazar en principio la combinación de la ley antigua y la nueva, vienen luego á acudir á ella en ciertos casos, para que no le resulte al reo perjuicio de la aplicación de una sola de las referidas leyes: tal ocurre, por ejemplo, con Travaglia, con Garraud, con Le Sellyer, etc.

(1) Véase la pág. 374, nota.

(2) Ob. cit., I, pág. 185, nota 7.

(3) Ob. cit., I, pág. 130.

(4) Ob. cit., I, pág. 52.

(5) Ob. cit., pág. 546.

(6) Ob. cit., I, pág. 362.

(7) Según este criterio, las penas aflictivas son *siempre* más graves que las correccionales, cualquiera que sea la duración de unas y otras, y las correccionales más graves que las leves. Si la naturaleza de las penas es la misma, pero su clase es diferente, la más grave es la que ocupa lugar superior en la respectiva escala gradual. Las penas principales son más graves que las accesorias. Las penas pecuniarias son menos graves que las de cárcel.

(8) Ob. cit., I, pág. 36.

(9) El decreto de 17 de Septiembre de 1870, en el que se dan reglas para

Digitized by Google

No es esta todavía la dificultad mayor. La mayor dificultad surge cuando la nueva ley respeta la naturaleza de la pena establecida por la ley anterior, pero altera su duración, cambiando *al propio tiempo* el máximum y el mínimum: ó sea, rebajando el máximum de la ley precedente, pero alzando el mínimum, ó alzando el máximum y rebajando el mínimum. ¿Qué ley será en este caso la más benigna y cuál la más severa?

Hay quien cree que la ley más suave es *la que rebaja el máximum*, como Haus (1), Chauveau et Hélie (2), Garraud (3); hay también quien juzga que la más suave es *la que rebaja el mínimum*, como Bertauld (4); hay quien supone que la más suave es la que *rebaja el máximum*, pero añadiendo que el juez tendrá que tomar el *mínimum de la ley anterior*, porque el delincuente había *adquirido* un derecho al mismo (5); hay quien propone que se aplique *la ley anterior ó la posterior, según que los tribunales quieran condenar al máximum ó al mínimum de la pena*: si condenan al máximum, se aplicará la ley de menor máxi-

---

llevar á la práctica el art. 23 del Código español vigente, combina también la naturaleza y la duración de la pena, diciendo que «se entenderá que las disposiciones del Código reformado favorecen al reo en comparación con la legislación anterior..... 4.° Cuando en el Código reformado se señale una pena que, siendo de *igual duración* que la impuesta en la sentencia, esté comprendida en una *escala gradual superior* á aquella en que figure esta última» (artículo 2.°, núm. 4.° del decreto citado). En este decreto, también *se le impone* al reo el criterio de la ley que más le favorece, no se le deja que lo *declare él*: sin embargo, en el caso antes señalado (ó sea en el 4.° del art. 2.°), «si el reo no se conformase con la alteración producida en la naturaleza de la pena por pasar á una escala gradual superior, y dedujere, en tal sentido, reclamación dentro del término de quince días, se dejará sin efecto la anterior resolución y se dispondrá que el reo cumpla su condena, tal y como le hubiere sido impuesta en la sentencia ejecutoria» (art. 3.°, párrafo segundo del decreto citado).

(1) Ob. cit., I, pág. 133

(2) Loc. cit.

(3) Ob. cit., I, pág. 186.

(4) Citado por Carrara.

(5) Esta es la opinión de Trébutien, ob. cit., I, pág. 150.

Digitized by Google

mum, si condenan al mínimum, se aplicará la ley de menor mínimum, esto es, siempre la más favorable al reo (1); hay quien estima que *deben combinarse ambas leyes*, tomando de una el máximum y de otra el mínimum, siempre los más bajos, como Blanche (2); hay quien dice que debe hacerse un *cómputo de proporción*, viendo si es mayor el aumento del máximum, en una ley, que la rebaja del mínimum en la otra, y al contrario, decidiendo en vista de esto cuál es la más benigna (3); hay quien entiende que, para solventar la dificultad, deben tenerse en cuenta todas *las circunstancias que rodeen al hecho*, pero siempre con la idea de favorecer al reo en caso de duda, y bien entendido que, para resolver ésta, debe atenderse especialmente á las *pretensiones del procesado y de la defensa* (4); hay, por último, quien, en vista de lo difícil que es determinar de antemano qué ley es la más dura y cuál otra menos, dice que no puede resolverse la cuestión con arreglo á un principio absoluto, y que debe dejarse su resolución, en cada caso, al prudente arbitrio de los jueces (5).

101. El lector prudente y discreto se estará seguramente haciendo las siguientes reflexiones: 1.ª Que la concordia de opiniones entre los defensores de los principios de absoluta justicia, de justicia *inmutable* y *eterna*, no puede ser mayor (!), sin embargo de que todos ellos pretenden inspirarse en dichos principios, traducirlos en sus consejos, ajustar estrictamente á ellos sus ideas. 2.ª Que el mismo, exactamente el mismo fundamento tienen los unos para decidirse, en la cuestión que nos ocupa, por una solución, que los otros para decidirse por una solución diferente, ó contraria. 3.ª Que la raíz de todo el enredo

(1) Segunda opinión de Le Sellyer, ob. cit., I, pág. 362.

(2) Blanche, ob. cit., I, pág. 56.

(3) Esta fué la primera opinión sostenida por Le Sellyer (véase ob. cit., loc. cit.).

(4) Travaglia, ob. cit., I, pág. 37.

(5) Así opinan Carrara, ob. cit., II, §§ 767 y sig., pág. 274 y sig., Fiore, ob. cit., pág. 411 y sig., Olivi, ob. cit., pág. 547, y Gabba, citado por Olivi.

Digitized by Google

que en la materia existe es la equivocada concepción actual de la pena como cosa mala. 4.ª Que, á pesar de esta concepción, que, en otras ocasiones, hace huir á los autores del tan temido arbitrio de los jueces, no han tenido más remedio que venir á refugiarse en él á la postre, como recurso para librarse de injusticias mayores, que el rigor de la lógica, dados los falsos principios de que parten, les obligaría á pedir (1).

102. Las cuestiones á que da lugar, en los sistemas actuales, la teoría de la retroactividad ó no retroactividad de las leyes penales, no concluyen aquí, sino que son innumerables; y todas ellas son resueltas por los tratadistas con la misma disparidad de criterio y de la misma arbitraria manera con que han resuelto las que anteriormente nos han ocupado. Y es que se ven solicitados por motivos muy diversos y casi siempre contradictorios entre sí; de aquí que, en sus lucubraciones, se observe una mezcla informe é injustificada de opuestas soluciones, fundadas, ora en el *interés social*, ora en el *mayor favor* con que debe ser tratado el reo; ora en los *derechos adquiridos* por éste, ora en los que, *frente al mismo*, puede hacer valer la *sociedad;* ya en razones de *justicia*, según las cuales, la nueva ley, aun siendo más severa que la antigua, debe preferirse á ésta, por responder mejor que ella á las nuevas condiciones y circunstancias de la vida social, ya en razones de *humanidad* y de *benevolencia*, con arreglo á las cuales hay que torcer, en beneficio del delincuente, los rigores del derecho estricto y de la lógica rigurosa. Lo más frecuente, lo casi invariable, es que sienten un principio cualquiera de éstos, y á renglón seguido lo olviden,

(1) El arbitrio judicial es inevitable, y lo es cabalmente en las cuestiones de mayor gravedad, como en la decisión de si el agente obró ó no libremente; de si, por tanto, es punible, según el sistema penal corriente; de si en un sujeto concurren ó no circunstancias eximentes, atenuantes, etc.; de si un sujeto es autor, cómplice ó encubridor; de si un hecho se ha quedado en los meros actos preparatorios (no punibles, en general, según las exigencias de la teoría), ó si ha pasado á ser tentativa (actos de ejecución, ya punibles), delito frustrado ó delito consumado, etc., etc.

Digitized by Google

lo contradigan ó lo desfiguren, para venir á parar, en la casi totalidad de los casos, al resultado siguiente: que lo que procede es aplicar la ley ó el precepto de una ley con que resulte *más favorecido el reo;* ¡esto, sin perjuicio de protestar de que las leyes, en materias penales, lo que persiguen es el interés y el bienestar *sociales!*

Vése perfectamente claro lo que decimos, estudiando las doctrinas que los tratadistas exponen tocante á la retroactividad de aquellas leyes penales que cambien los modos de ejecución de las penas (1), á la de las leyes interpretativas (2), á la de las leyes que hagan perseguible de oficio un hecho que, según la ley precedente, sólo era perseguible á instancia de parte, ó viceversa (3), á la de las leyes de procedimiento (4), á la de las

---

(1) Véase Villey, *Précis d'un cours de droit criminel*, 5.ª ed., París, 1891, página 59; Trébutien, ob. cit., I, pág. 151; Haus, ob. cit., I, págs. 137-138; Garraud, ob. cit., I, pág. 191.

A nuestro juicio, y conforme á las ideas expuestas, se dará efecto retroactivo á las leyes de que se trata, según los casos; quedando la resolución de los mismos al prudente arbitrio del Juez.

(2) Véase Haus, ob. cit., I, págs. 127-128; Pessina, ob. cit., I, págs. 130-131.

Nosotros resolveríamos también esta cuestión con el criterio del arbitrio judicial, con tanta mayor razón, cuanto que las leyes interpretativas son *leyes nuevas*; y ya hemos dicho, por un lado, que la ley no puede ser la única fuente de derecho penal, ni puede tener carácter de invariablemente obligatoria para el juzgador, y por otro, que éste podrá dar ó no efectos retroactivos á las nuevas leyes, según los casos y según se lo aconseje su prudencia.

(3) Véase Olivi, ob. cit., págs. 506 y sig.; Travaglia, ob. cit., I, págs. 37-40; Fiore, ob. cit., pags. 488 y siguientes.

A nuestro entender, esta cuestión es completamente ociosa en un sistema racional de penalidad, por cuanto la distinción que hoy existe, y que no es más que un resto de edades pasadas, entre delitos públicos y privados, debe desaparecer: todos los delitos son públicos, porque todos ellos afectan al interés de *todos*, no hay ninguno que afecte exclusivamente á *un* individuo ó á *pocos* individuos; por tanto, de todos los delitos tiene que ocuparse *motu proprio*, *ex officio*, la sociedad, y en su nombre los órganos puestos por ella para este fin: mas *no para castigarlos*, sino para apreciar, mediante ellos, y juntamente con otros indicios, el *peligro* que los agentes ofrecen para lo futuro, y evitar la re-

Digitized by Google

leyes que regulan la prescripción penal (1) y á varias otras (2).

---

petición de otros delitos. El ejercicio de esta función de alta utilidad social no puede depender de la voluntad ó del antojo de los particulares.

(4) Véase Blanche, ob. cit., I, págs. 59 y sigs.; Chauveau et Hélie, obra citada, I, págs. 52 y sigs; Haas, ob. cit., I, págs. 136-137; Garraud, ob. cit., I, páginas 192 y sigs.; Trébutien, ob. cit., I, págs. 152 y sigs.; Villey, ob. cit., páginas 58-59; Fiore, ob. cit., págs. 486 y sigs.; Liszt, ob. cit., pág. 75.

Como para la administración de justicia penal, según nosotros la entendemos, no hacen falta leyes de procedimiento criminal, con el fin de que los jueces se atengan á ellas de un modo ineludible, y mucho menos hacen falta leyes que sirvan de garantía y de escudo al ciudadano contra los abusos de los jueces, sino que lo que hace falta es formar éstos y darles toda la amplitud posible para el desempeño de su noble, amable y utilísima función, es claro que no puede ofrecerse (y si se ofrece, no tendrá importancia y la resolverá el tribunal mismo) cuestión acerca de si las leyes relativas al procedimiento, á la competencia y jurisdicción de los tribunales penales han de tener ó no carácter retroactivo.

(1) Véase Trébutien, ob. cit., I, págs. 158 y sigs.; Villey, ob. cit., págs. 57-58; Garraud, ob. cit., I, págs. 196 y sigs.; Carrara, ob. cit., t. II, §§ 770 y siguientes, págs. 275 281; Fiore, ob. cit., págs. 423 y sigs.; Olivi, ob. cit., páginas 563 y siguientes.

Esta cuestión, de la retroactividad ó no retroactividad de las leyes de prescripción, que tan difícil se presenta á los ojos de los penalistas y acerca de la cual tan diferentes soluciones existen, no es tal cuestión para nosotros, por lo mismo que no lo es la que le sirve de fundamento, ó sea la de la prescripción misma de la acción penal y de la pena. En un sistema penal verdaderamente racional, donde la pena sea un medio puramente preventivo y donde lo que deba preocupar á los jueces *no sea el delito mismo*, sino sus *causas*, entre ellas como principal, para los efectos penales, el *sujeto* delincuente, en razón del peligro que para lo futuro ofrezca, no prescribirá la acción para perseguir aquellas causas, sino cuando las mismas hayan desaparecido; pero no para castigarlas, sino para removerlas ó neutralizar su eficacia. De donde: *a)* el tiempo de la prescripción podrá ser muy largo ó muy corto, según lo que duren dichas causas, pero en modo alguno podrá fijarse de antemano en la ley; *b)* la prescripción no será un beneficio concedido al delincuente por la ley para sustraerse con el lapso del tiempo á los rigores de la pena; antes bien, si subsisten las causas de la delincuencia, aunque haya transcurrido el tiempo fijado por la ley para la prescripción, ésta redundará en *perjuicio* del mismo delincuente á quien se ha querido favorecer.

(2) Tales son las que discuten las cuestiones (verdaderamente bizantinas,

Digitized by Google

103. La complicadísima, mejor dicho, enredadísima teoría de los efectos de la ley penal en el tiempo (enredo y complicación, cuya verdadera fuente hemos indicado hallarse en el vicio constitucional del sistema penal reinante, de reputar que la pena es cosa mala en sí misma, objetivamente) ha sido simplificada por algunos escritores de la escuela italiana denominada antropológica. No hace mucho tiempo que dos de ellos, Eugenio Florian y Enrique Ferri, se han pronunciado *casi en absoluto* por el principio de la retroactividad de la nueva ley penal, sea más benigna, sea más severa que la anterior (1).

Fúndanse para ello estos autores principalmente en la razón que ya hemos expuesto también nosotros para pedir la retroactividad *de todas* las leyes, *en todo caso*, y que asimismo aducen los tratadistas que demandan la retroactividad de la ley penal más benigna: ó sea, en la presunción de que la nueva ley es más justa que la anterior, por responder mejor que ella á las cambiadas condiciones de la sociedad.

Ahora bien: tanto Ferri como Florian siguen estimando que la pena es un mal y que la razón de imponerla el Estado es la necesidad de la defensa social, la necesidad de reaccionar (2) contra el agente del delito, en razón de éste y por haberlo cometido *(quia peccatum)*.

á nuestros ojos, pero de gran entidad en el sistema corriente de querer penar el delito) siguientes: cuando la tentativa de un delito se haya realizado estando vigente la ley anterior y la consumación del mismo haya tenido lugar después de publicada la nueva ley, ¿cuál de ellas será la que deban tener en cuenta los tribunales para proceder contra el reo y penarlo: la antigua, la nueva ó la más benigna? En caso de acumulación de delitos en un mismo sujeto, delitos los cuales fueron algunos cometidos bajo el imperio de la antigua ley y otros bajo el imperio de la nueva, ¿con arreglo á cuál de ellas deberá ser juzgado y penado el delincuente? (Véase sobre estos y otros casos, Olivi, ob. cit., págs. 526 y sigs.)

(1) Véase la Revista *La Scuola positiva nella giurisprudenza penale*, t. IV, 1894, páginas 491-507. V. también la misma Revista, t, III, 1893, pág. 703.

(2) El fundamento de la función penal, para los positivistas italianos, es éste de la defensa social; pero de una defensa ciega y brutal contra el delin-

Digitized by Google

Puesto el problema en estos términos, nos parece más aceptable la teoría de los que se limitan á pedir la retroactividad de la ley nueva sólo cuando favorezca al reo, negándole efectos retroactivos en el caso contrario. Y nos parece más aceptable dicha teoría, porque, si la pena es un *mal*, que se impone al reo que ha cometido un delito, cuanto menor sea este mal, cuanto menor sea el daño que al individuo le causen los tribunales penales, tanto mejor. Además, referida teoría es la que responde bien al sentimiento humanitario que á todos nos coge, que ha venido á desempeñar una gran misión histórica, y contra el cual declaman en vano, pidiendo nuevamente dureza en la penalidad y en el procedimiento criminal, los penalistas de la nueva escuela (1). A lo que debe añadirse que, en una teoría determinista, como lo es la de los autores á que se alude, es absolutamente injustificado el hablar de una pena como mal, como castigo; puesto que el castigo, el mal, como retorsión, como *reacción*, solamente puede imponerse de un modo lícito á

---

cuente que viola alguna de las condiciones necesarias para la convivencia, en un momento determinado. La sociedad reacciona contra el delincuente de un modo mecánico, como reacciona la naturaleza contra el que infringe sus leyes (sanción física, biológica, etc., de que habla Ferri), de un modo que podríamos decir pueril, como reaccionan el niño ó el salvaje contra los tropiezos que encuentran en su camino. La idea de la defensa social *inteligente*, que es la que lleva consigo la concepción de la pena como *algo bueno* para *todos*, incluso para el reo, y quizá para éste más que para nadie, es decir, de la pena como tratamiento preventivo, esta idea no ha penetrado aún, de un modo reflexivo, en la escuela positiva penal italiana: en esto consiste acaso su mayor defecto. (Véase Ferri, *Sociologia criminale*, cap. III, *La teoria positiva della responsabilità penale*, § IV, págs. 442 y sigs.)

(1) En general, todos ellos se vienen pronunciando por el restablecimiento de una penalidad severa y cruel, tan severa y cruel en ocasiones como la de los siglos pasados; pero el que más se ha distinguido en ésta que Aramburu llamaría «impopular cruzada», ha sido Garofalo, en todos sus trabajos. (Véase, por ejemplo, la *Criminologia*, trad. esp.; Madrid, 1893, *passim*, y tercera parte, cap. III; *Indemnización á las víctimas del delito*, trad. esp., Madrid, 1893; *Contro la corrente*, etc.)

Digitized by Google

quien lo merezca, y sólo lo merece el que haya sido *causa libre* de su acción (1).

En tanto podrá invocarse, *en firme*, sin provocar repugnancia alguna de los sentimientos humanitarios, la no retroactividad de las leyes penales, en todo caso, en cuanto esta misma no retroactividad se pida, al propio tiempo que en nombre del interés social y en beneficio de las gentes honradas, en nombre del *interés individual* y *en beneficio del propio delincuente*, á quien se va á imponer, *no la pena*, el *tratamiento penal* adecuado.

Dejamos dicho que Florian y Ferri se han pronunciado *casi* en absoluto por el principio de la retroactividad de la nueva ley. En efecto, Florian admite una excepción al mismo, diciendo que la nueva ley no tendrá efectos retroactivos cuando en ella se pene un hecho que la antigua no consideraba como delito. El motivo de la excepción no es ningún motivo que pudiéramos decir fundado y lógico, sino las dificultades prácticas que la actuación de tal principio presenta. Dice Florian lo siguiente: «La aplicación rigorosa del principio que se propugna exigiría que se procediese aun contra los autores de hechos que antes eran inocentes y que la ley posterior ha declarado delitos. *Pero no dudamos en afirmar que esta especial aplicación debe ser prácticamente rechazada, por las dificultades que presenta.* Y la verdadera razón de esta excepción no es ninguna de las que los escritores suelen aducir; sino la imposibilidad de la prueba: porque cuando un hecho determinado no se considera como delito, nadie se ocupa de recoger las pruebas del mismo

(1) Véase sobre esto el artículo citado *La responsabilidad por causa de delito*, etc., en el volumen *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1894. Al ocuparnos de la imputabilidad, trataremos este punto con más extensión.

Bien sabemos que Ferri, por ejemplo, rechaza la idea de la pena como retribución; pero esta repulsa es sólo de principio, y por decirlo así, esporádica, por cuanto el sistema penal suyo, como el de los otros penalistas pertenecientes á la escuela que llaman positiva, está *de hecho* todo él influído y saturado de la concepción de la pena *quia peccatum est;* bien claro lo está diciendo la idea que de la misma se tiene como forma de *reacción*, de *sanción* social.

Digitized by Google

en el momento de su ejecución. ¿Cómo será posible, después de transcurrido cierto período, tener pruebas de aquél, si el transcurso del tiempo dificulta la prueba, aun de las acciones punibles, hasta el punto de que esta dificultad es generalmente uno de los argumentos en favor de la prescripción? A nuestro juicio, si la prueba fuera posible, habría que decir que, *en los casos más graves*, debería pedirse la aplicación severa y completa del principio de la retroactividad, ó al menos desearíamos que se tuviera en cuenta en el caso en que el autor repitiera la misma acción, cuando ya fuera punible, ó cometiese otro delito grave.»

Tocante á esta doctrina, tenemos que hacer las siguientes observaciones: 1.ª Que entre ella y la de la escuela clásica hay poca diferencia; pues no viene á distinguirse de esta última, sino en que pide la retroactividad de la nueva ley más severa, sólo en aquellos casos en que, tanto la ley nueva como la antigua, consideren como delito un hecho y lo penen; en los demás casos (que la nueva ley pene un hecho no penado por la antigua, que borre del número de los delitos un hecho considerado como delictuoso por dicha ley antigua; que haya recaído sentencia ejecutoria, etc.), las soluciones son idénticas. 2.ª Que el autor incide en el vicio que él y todos los de su escuela suelen achacar á los escritores de la clásica, ó sea, querer penar el *delito*, no el *delincuente*; pues no se comprende, si no, *para qué* se necesitan las *pruebas* del *hecho* realizado bajo el imperio de la ley anterior que no lo penaba, ni se ve por qué la dificultad de recoger estas pruebas haya de hacer imposible el ejercicio de la función penal. Si el criterio de penalidad es el *peligro* que el *agente* puede ofrecer para lo *futuro*, ó sea, lo que los penalistas italianos de la tendencia lombrosiana denominan, con Garofalo, *temibilidad* del delincuente, claro está que, con que el delincuente exista y pueda observarse quién es, y cuál es su conducta, y si ha lugar á temer ó no algo de él, tendremos *bastante* para poder ejercer la función penal, aun cuando no haya pruebas del *hecho* anteriormente acontecido. El hecho de un hom-

Digitized by Google

bre, cualquiera que él sea, no es más que *un* hecho, un simple incidente de su vida, de su conducta, la cual está constituída por *todo el conjunto de su obrar;* por lo que, en un sistema que se proponga penar al *sujeto*, como los penalistas en cuestión dicen que se lo propone el suyo, el delito realizado por una persona será no más que *un indicio*, no el único, ni acaso el principal—acaso, sea un indicio insignificante y engañoso—de lo que el sujeto es, de su temibilidad para el porvenir. 3.ª De donde resulta que la mayor ó menor gravedad del hecho (aparte de que esto de la mayor ó menor gravedad es sumamente relativo y de dificilísima aplicación) no puede tomarse como norma exclusiva, según lo hace Florian, para decir si á una ley penal debe ó no dársele carácter retroactivo; porque la mayor ó menor gravedad del hecho no es criterio seguro de la temibilidad del agente. Puede muy bien el autor de un hecho poco grave ser mucho más temible que el de otro muy grave. 4.ª El motivo fundamental de estas incertidumbres en la doctrina que examinamos, como en toda la de la escuela á que Florian pertenece, consiste en que, para ella, aunque aquí y allá haga afirmaciones en contrario, la función penal es esencialmente represiva, y por tanto, sólo puede ejercitarse *después* que el delito haya tenido lugar *(quia peccatum)*, en modo alguno *antes (exclusivamente ne peccetur)* (1). Sin embargo, si fuera cierto que el criterio de punibilidad debe ser la *temibilidad* del delincuente, claro está que á todo sujeto *temible* debería aplicársele, *por anticipado*, la pena. Si así no se hace, es porque ésta se estima como un *castigo*, y repugna el castigar á quien *todavía* no ha realizado nada malo. Pero, por el contrario, considérese la pena como un verdadero tratamiento *preventivo*, y desaparecerá toda repugnancia á someter á él á los peligrosos, á los inferiores, á los que, por serlo, necesitan dicho tratamiento; antes bien, no

(1) Véase lo que sobre el particular hemos escrito en el *Estudio crítico*, puesto al frente de la traducción española de la *Indemnización á las víctimas del delito*, de Garofalo.

Digitized by Google

sólo no se sentirá esta repugnancia, sino que se estimará como el cumplimiento de un *deber* para con ellos, como la satisfacción á un *derecho* que en los mismos se reconoce, y como la satisfacción, á la vez, de un sentimiento *altruista* y humanitario.

Ferri asienta también la siguiente tesis, que es por completo idéntica á la que acabamos de ver defendida por Florian: «Para mí, la teoría positiva es que la ley penal debe ser siempre retroactiva, *salvo el caso en que castigue una acción que la antigua ley no castigaba*» (1).

Entre él y Florian no hay más diferencia que en la argumentación que uno y otro emplean para defender la excepción que admiten al principio de la retroactividad; pues Florian la funda en la *dificultad de la prueba del delito realizado*, como se ha visto, y Ferri dice que «aquí hay que aplicar la distinción de Garofalo entre delito *natural* y delito *legal*. Cierto—añade Ferri—si una ley castiga *ex novo* una acción, la argumentación de Florian me parece aceptable, cuando esta acción constituya por sí misma una violación de la moralidad media y de los sentimientos fundamentales de piedad y probidad. Pero, si la ley castiga *ex novo* una acción indiferente, de índole contravencional, haciendo de ella un delito «de mera creación política», en este caso, creo que la ley no puede ser retroactiva, no ya por la dificultad de la prueba, sino porque el haber realizado aquella acción cuando ninguna ley la prohibe, no demuestra en el agente ninguna tendencia ni potencia antisocial, que se deba reprimir con eficacia retroactiva» (2).

Esta doctrina nos parece que se halla tocada de los mismos vicios que la de Florian y de alguno más. En ella va implícita

---

(1) *Il progetto di codice penale svizzero*, en *La Scuola positiva*, t. III, 1893, pág. 708. Hace Ferri esta afirmación en contraposición al precepto contenido en el art. 4.° del proyecto de Código penal suizo, donde se consigna la teoría corriente, ó sea el principio de la no retroactividad de la ley penal, con la excepción de la retroactividad de la ley más benigna.

(2) Véase *La Scuola positiva*, t. IV, 1894, pág. 506.

Digitized by Google

la idea de que la función penal *castiga*, y castiga por el *delito acontecido*, no en razón de la *temibilidad del agente*, esto es, *reprime*, no *previene;* por tanto, damos por reproducido lo que hemos dicho anteriormente. Pero debemos añadir algo, y es lo siguiente: 1.º Que, aun dando por cierto lo que no lo es (según ya queda indicado), ó sea, que aquel individuo que haya realizado un hecho de índole contravencional, un hecho indiferente, no penado por la ley anterior, no demuestre tener *tendencia* ó *potencia alguna antisocial* (1), y por consiguiente, no deba ser sometido á *represión*, como lo sería si la nueva ley tuviera efectos retroactivos; parece que aquellos otros que hayan realizado un hecho de los que constituyen una violación á la moralidad media y á los sentimientos fundamentales de piedad y de probidad, estos tales *revelan tendencias antisociales*, son *temibles*, y por consecuencia, deben ser sometidos á la acción penal. Así al menos nos parece que debía resultar de la argumentación del propio Ferri, copiada. 2.º Que si así no lo pide el autor, es porque concibe la función penal lo mismo que los penalistas clásicos, esto es, como una función *odiosa;* y así como los clásicos han apelado á toda clase de subterfugios, como se ha visto, para llegar, aun sacrificando la lógica, al resultado apetecido, que era el de aplicar la función *odiosa* y *perjudicial* para el delincuente en el menor número posible de casos, así también Ferri acude á otros subterfugios, no menos indefendibles, aunque no menos disculpables, que los de los clásicos, para llegar al mismo resultado que éstos. Si concibiera la función penal como *puramente preventiva*, otra hubiera sido la solución en el

(1) ¡Cuántos individuos que ejecutan actos de esta clase, *aun* no comprendidos como delictuosos en las leyes, abandonados exclusivamente á lo que se llama la *sanción moral;* cuántos de estos individuos pertenecientes á la categoría de lo que Benedikt llama *hombre canalla* y Sergi la *pequeña delincuencia*, son peligrosos, temibles, más peligrosos y más temibles que muchos que caen bajo la acción de los Códigos penales, más peligrosos y más temibles, acaso, que muchos que han cometido delitos de esos que se llaman graves y que han sufrido ó están sufriendo condena!

Digitized by Google

caso que nos ocupa. 3.º Que el autor se refugia en una distinción imposible é innecesaria entre hechos *per se* delictuosos y hechos indiferentes *per se*, pero delictuosos cuando el legislador los considera como tales, entre delitos *naturales* y *legales;* distinción que no es otra que la de delitos y faltas de que hablan otros autores, delitos *de derecho natural* y delitos *de derecho positivo*, ó sea acciones intrínseca y esencialmente malas, con inmoralidad interna, y acciones indiferentes, no inmorales, que puede penar ó no penar el legislador, según se le antoje: *mala in se* y *mala quia prohibita* (1).

104. Solamente los correccionalistas son los que, en este particular de la retroactividad de la ley penal, como en tantos otros, han señalado el verdadero camino que conviene seguir, aunque contentándose con indicaciones embrionarias que ellos no han desenvuelto, pero que con el tiempo se irán desenvolviendo y completando. A decir verdad, todo el progreso de la ciencia penal contemporánea estaba ya contenido en germen en la teoría correccionalista. No es esto decir que los escritores modernos de materias penales, los positivistas de la «nueva escuela» sobre todo, hayan aprovechado para sus lucubraciones las enseñanzas del correccionalismo y hayan edificado sobre ellas su sistema penal; bien al contrario, si de algo pecan en este respecto, es de desconocer la doctrina de los correccionalistas y de desdeñarla sin razón, como se desdeña de ordinario toda doctrina que no se conoce sino de nombre, ó de imperfectas y poco fieles referencias (2).

Véase, en prueba de lo que se dice, las siguientes afirma-

---

(1) En uno de los capítulos siguientes, nos ocuparemos detenidamente de esta distinción, procurando mostrar que es, no sólo *imposible*, sino por completo *innecesaria*, tan luego como se repute que la función penal debe ser totalmente preventiva, y por lo mismo, buena.

(2) Véase sobre esto nuestro *Estudio crítico* citado, y el artículo *I correzionalisti spagnuoli e la scuola positiva*, en la revista *La Scuola positiva nella giurisprudenza penale*, t. IV, 1894, págs. 159 y sigs.

Digitized by Google

ciones de D. Francisco Giner, el autor que acaso ha penetrado de un modo más profundo el sentido del movimiento penal contemporáneo, esencialmente correccionalista, como ha penetrado también, de la manera honda y elevadísima á la vez que él sabe hacerlo, el espíritu de las corrientes y de la agitación social de nuestros días (1).

En la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, á la aseveración que éste hace de que «en el derecho criminal, al contrario de lo que ocurre en las demás esferas jurídicas, pueden bien aplicarse las leyes nuevas más suaves (pero no las más severas), aun á los casos anteriores á las mismas», le pone la siguiente nota: «Tal es el principio general reinante, mas no por esto, en verdad, justo. Partiendo, sin embargo, de la concepción usual de la pena como un daño *(malum passionis propter malum actionis)*, casi como una crueldad, es lógico (sólo en parte, añadiríamos nosotros, según se ha visto) mantener ese principio, al cual auxilia no menos también otra concepción dominante, á saber: la de la utilidad, como una relación subjetiva, que debe esti-

(1) En su estudio titulado *Un nuevo libro de Schäffle*, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1894, tomos 84 y 85. De materias penales no se ha ocupado de un modo *directo y exclusivo* el Sr. Giner, pero las indicaciones que ha esparcido aquí y allá, y sobre todo los capítulos que dedica á estos asuntos en su *Resumen de filosofía del derecho*, escrito en colaboración con Don Alfredo Calderón (parte general, cap. X, *Perturbaciém y reparación del derecho*, págs. 226 y sigs.; parte orgánica, cap. III, *El individuo en estados anormales;* IV, *Tutela penal;* V, *Principales teorías de derecho penal*, páginas 371-399), muestran bien claramente la manera como concibe la función penal, muy análoga á aquella como nosotros la concebimos. Además, el señor Giner ha indicado varias veces, escribiendo para el público y en correspondencia particular, su conformidad esencial, y aparte divergencias que son, quizá, menos sustanciales de lo que pueda parecer, con la teoría que venimos nosotros sosteniendo. Esta comunidad de pensamiento y soluciones nos complace sobremanera y nos fortifica, alentándonos para creer, con bastante fundamento, que, puesto que nuestras ideas, en cuanto al problema penal se refiere, son muy afines á las de tan grande autoridad en materias de filosofía jurídica y de sociología, no deben ir totalmente descaminadas.

Digitized by Google

marse por el criterio del interesado, sin atender á si le *es* realmente útil todo aquello que se lo *parece*, ó al contrario: sentido éste común á las doctrinas llamadas «utilitarias» y á las que las combaten en nombre de principios que reputan contrarios al de la utilidad. Ejemplo de ello es el mismo Ahrens *(Droit nat.*, de 1868, t. I, pág. 49). Así, lo «favorable» para el reo se estima torpemente que es evitar la pena, sólo porque, de seguro, rara vez la hallará de su gusto; mas si en la educación, en la medicación, etc., se adoptase este criterio, el absurdo rayaría en lo increíble. Por último, la dureza y aun ferocidad de la penalidad tradicionalmente conservada, todavía contribuye en grandísima parte á este error» (1). Y en el *Resumen de filosofía del derecho* también escribe: «Los derechos positivos, inspirándose en un erróneo sentido de la pena como un puro mal para el delincuente, suelen también retrotraer el efecto de las leyes que disminuyen la condena marcada para un determinado delito, por la injusticia que (suponen) resultaría de imponerse al delincuente una pena que el legislador considera ya excesiva: suposición que sólo cabe en el imperfecto derecho criminal reinante» (2).

105. Nos hemos detenido tanto en la exposición de la materia concerniente á este capítulo, exponiendo con bastante detalle las teorías y soluciones sobre el particular de los penalistas y escritores más autorizados, y sirviéndonos al efecto casi siempre de las propias palabras de los mismos, para que el lector vea por sus ojos, no fiando tan sólo en nuestro dicho, el inextricable dédalo que se ha producido en una cuestión que, á nuestro entender, es sumamente sencilla, y hasta puede decirse que no es tal cuestión. Ha pasado aquí lo que en otros muchos asuntos relativos al orden penal: por ejemplo, en los problemas tocantes á los delitos no dolosos (culposos, no intencionales), al delito llamado *imperfecto* (generación, que se

(1) *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens, trad. esp., t. I, pág. 128, nota 1.

(2) *Resumen de filosofía del derecho*, pág. 201.

Digitized by Google

dice, del delito, vida del delito, punibilidad de los actos internos, de los actos preparatorios, de la tentativa de delito, del delito frustrado), á la distinción entre crímenes, delitos y faltas, etc., etc.; en todos los cuales se han encontrado los autores rodeados de insuperables obstáculos, y han convertido en montañas lo que, bien mirado, no ofrece el más ligero tropiezo. Y todo, por partir del erróneo é indefendible supuesto de que la pena es un mal y de todos los que del mismo derivan, á saber: que, por ser un mal, no puede imponerse sino como reacción contra el delito, *después* que éste se haya cometido; que para que el delito exista, se necesitan los dos elementos del dolo (1) y del daño (2), etc. Para nosotros, bien al contrario, todas estas cuestiones desaparecen, desde el momento en que consideramos necesario distinguir entre la reparación y la pena, y dar á ésta un sentido totalmente preventivo, estableciendo como criterio para hacer uso de ella el *peligro* que exista para el porvenir de que se puedan repetir los delitos.

---

(1) De donde la dificultad, verdaderamente insuperable, para considerar como delitos á los hechos *no dolosos*, como son todos los procedentes de lo que se dice *culpa*. Por eso algún autor, como Buccellati, por ejemplo, dice que tales hechos *no son delitos*, sino contravenciones ó faltas (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milán, 1884, números 216-218, páginas 120-121). Algo análogo parece indicar Aramburu (en sus notas á Pessina, páginas 179-180, 264 y siguientes). Otros, por el contrario, no atreviéndose á excluir del número de los delitos los hechos culposos, han dicho que la intención *no* es un elemento *esencial* para que haya delito. (Groizard, ob. cit., t. I, páginas 87 y siguientes.)

(2) De donde la imposibilidad de considerar como delitos, en buena lógica, todos aquellos actos en que todavía no se haya producido daño, aun cuando pudiera llegar á producirse, como en la tentativa de delito y en el delito frustrado (algún tratadista, v. gr., el citado Buccellati, no los considera punibles en cuanto delitos, sino por *otros* conceptos). en la proposición y conspiración, en las asociaciones de malhechores, en las amenazas, etc., etc. Ya nos ocuparemos con la debida extensión de esto, que ahora no hacemos más que indicar.

Digitized by Google

V

Sobre la ignorancia de la ley penal.

106. Ya se ha visto en los precedentes capítulos cómo los autores de materias penales, en general, lo mismo los de la dirección llamada clásica que los de la positiva, tienen que acudir á principios distintos, y hasta contradictorios, para resolver las cuestiones que se les ofrecen y que deberían ser resueltas con arreglo á un criterio uniforme. Por lo común, la doctrina, ó mejor, lo que ellos consideran como tal, y que no es otra cosa, principalmente en los primeros, sino un conjunto de afirmaciones abstractas, de especulaciones aprioristas, que deberían expresar la verdad entera y pura, la justicia absoluta y perfecta; por lo común, decimos, la doctrina pide que la solución de un problema se dé en un determinado sentido, y la humanidad—que aquí suele equivaler, aunque de modo muy confuso y casi inconsciente, á las reclamaciones de la realidad, de la justicia terrestre, relativa—exige que el mismo problema se resuelva en el sentido opuesto. Y según las preferencias y los gustos de cada escritor, un mismo asunto se resuelve de esta ó de aquella manera, siempre caprichosamente, sin que se pueda decir cuál de las diferentes soluciones es más ó menos fundada que las demás: todas son por igual arbitrarias. De aquí, la desarmonía que se advierte entre los distintos tratadistas, la falta de congruencia que existe entre las teorías de los

Digitized by Google

unos y las de los otros, y hasta entre teorías y teorías del mismo autor.

Una prueba de esta incongruencia nos la ofrece la materia á que se contrae el presente capítulo, en relación con la tratada en los capítulos anteriores. Pues, en efecto, mientras en lo tocante á las fuentes del derecho penal, á la interpretación de las leyes penales, á su retroactividad ó no retroactividad, el criterio preponderante, casi casi el exclusivo, ha sido, según queda mostrado, el criterio de la benignidad, de lo más favorable para el delincuente, el criterio de la garantía de su libertad individual contra los posibles atropellos y abusos del legislador ó de los tribunales, en suma, el principio *pro reo*; ahora vamos á ver cómo, no sólo se prescinde en absoluto del mismo, para cuidarse únicamente del interés social, ó de lo que como tal se considera, del principio *pro societate*, sino que se llega á echar por tierra, en nombre de éste y obedeciendo á un torpe celo en su favor, el edificio todo del sistema penal que pretenden defender los escritores á quienes más arriba se alude, á comenzar por la base capital del mismo, que es la teoría de la imputabilidad moral.

107. Probablemente sin hacer alto en la significación y trascendencia del hecho, á lo menos sin advertir toda la que tiene, suelen los publicistas asentar como incontrovertibles con relación á todas las materias jurídicas, pero mucho más con relación á las materias penales, los siguientes aforismos: «Se presume que todo el mundo conoce las leyes»; «á nadie le es permitido ignorar las leyes»; «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»: *nemo jus ignorare censetur; nemini licet ignorare jus; ignorantia legis neminem excusat.*

Ahora, á poco que se considere el asunto, habrá que convenir en que estas máximas no pasan de ser simples presunciones, que, lejos de responder á la verdad, á la realidad, se separan de la misma en la gran mayoría de los casos. En efecto, ¿cómo es posible suponer fundadamente que *todo el mundo conoce las leyes*, cuando no puede afirmarse este conocimiento, ni

Digitized by Google

siquiera en aquellos que hacen profesión del estudio y aplicación de las mismas, en los abogados, jueces, etc.? Luego, el número de estas leyes ha aumentado de un modo enorme en nuestro siglo, en el cual se ha desarrollado con movimiento verdaderamente febril el afán (1) de regularlo y regimentarlo todo. Así, que en los países modernos existe un fárrago inmenso de leyes, de reglamentos, de disposiciones de toda clase, derogatorias las unas de las otras, á veces totalmente, á veces sólo en parte, de dudosa vigencia, caídas en ocasiones en desuso, mas no expresamente derogadas, complicadísimas, no siempre coherentes, de cuando en cuando contradictorias... ¿Y es posible que no salte á la vista de los estudiosos el absurdo que entrañan los aforismos arriba copiados, y que no se diga que la presunción contenida en los mismos es tan sólo una «ficción ridícula»? «Nuestras leyes—dice un escritor ilustre—no son ya las Doce Tablas, sino que constituyen un arsenal enorme. Nuestro derecho es una ciencia que requiere vastos conocimientos: un buen jurista, además de conocer los Códigos, debe, por lo menos, hallarse al corriente de los secretos del derecho romano. Y todo esto es privilegio de pocos, los cuales tienen necesidad de estudios, de aprendizaje, de práctica y de inteligencia» (2).

La falsedad de la presunción contenida en los aforismos citados es tanto mayor, cuanto más se separa de la realidad, es

---

(1) Justificado, sin duda, para impedir las extralimitaciones y abusos que venían cometiendo los poderes personales y absolutos del antiguo régimen. Mas aquí también, como siempre sucede, por ley mecánica de reacción, por virtud del movimiento en ritmo, se ha caído, á su vez, en el exceso contrario, cuya rectificación originará el equilibrio, igualmente instable.

(2) Salvioli, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, 1891, pág. 13. V. también F. Luzzatto, *Ignorantia legis neminem excusat?*, en *La Scienza del diritto privato*, t. I, 1898, págs. 359 y siguientes, y 403 y siguientes; y A. Calderón, *Efectos jurídicos de la ignorancia*, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 66, Enero, Febrero y Marzo de 1885, págs. 126 y sigs.

Digitized by Google

decir, cuando se refiere á las personas débiles, necesitadas, etc., á aquellas personas de quienes, más bien que suponer que conocen las leyes, sería más racional suponer que las ignoran; tal sucede con los labriegos, los cuales carecen, por lo regular, de toda instrucción (mucho más en países atrasados, como el nuestro) y hasta se ven la mayor parte de las veces, por causas muy complejas, imposibilitados de adquirirla; tal sucede con las mujeres, á quienes más bien que instruirlas y enterarlas de sus deberes y derechos, se las tiene y quiere tener sumidas en una «santa ignorancia», no sólo *propter sexum infirmitatem*, sino para que no pierdan el encanto que en dicha ignorancia encuentran los hombres que las sacrifican y explotan; tal sucede con los pobres, en general, quienes, justamente por su condición, están imposibilitados de aprender las leyes y de servirse, en caso necesario, como los demás, de personas que puedan ilustrarles y aconsejarles, ó sea de los abogados (1).

---

(1) La existencia legal de los abogados, y su intervención, necesaria é *impuesta* también *por las leyes*, en la administración de justicia, es una contradicción palmaria al principio *nemo jus ignorare censetur* y una prueba irrefragable de la falsedad del mismo. Si todo el mundo conociera las leyes, holgaba por completo la institución del abogado, el cual, si alguna significación tiene, es precisamente la de servir de auxiliar, guía y protector de quien, *á causa de su ignorancia de las leyes*, no puede defenderse á sí mismo ni hacer valer sus derechos.

La abogacía, que en sus orígenes hubo de tener una misión nobilísima, cual es la de ilustrar en materias de derecho á aquellos que, por su condición humilde y por el egoismo de clase de los poderosos, no lo conocían (Tiberio Coruncanio y los primeros jurisconsultos romanos que enseñaban en la vía pública el derecho al pueblo), así como también defender á aquéllos contra los abusos y prepotencias de éstos; la abogacía, decimos, ha degenerado de su primitiva función, como han degenerado otras muchas, conservando tan sólo la parte odiosa de la misma, sus defectos, y exagerados. Convertida en una fuente de lucro, los representantes de los antiguos *voceros* han hecho de su oficio un oficio mercenario, la mayor parte de las veces inmoral. El abogado, hoy, fuera de muy contadas y honrosas excepciones, lejos de ser el pátrocinador de los intereses del cliente, es el mayor enemigo de éste; entre los dos no hay, como debería haberlos, si la función se ejerciera

Digitized by Google

Fácil les ha sido, por tanto, á algunos, á los defensores de las clases proletarias, poner en relieve la injusticia de la má-

---

normalmente, como se ejerció en otro tiempo, vínculos de afecto, de solidaridad y de cariño sinceros, sino hostilidad y desconfianza, más ó menos encubiertas, más ó menos ostensibles. Lo cual proviene de que los abogados han venido á aumentar el número, cada día mayor, casi infinito á la hora presente, de los individuos que viven á expensas de otros, sin prestar, en cambio, un trabajo productivo. Son, por lo tanto, unos verdaderos parásitos. Lilienfeld los incluye entre los «parásitos jurídicos», porque «explotan la ignorancia, las pasiones ó el estado angustioso de su clientela, ó bien, haciendo uso de las manipulaciones y tretas á que se presta la ley, hacen triunfar causas injustas». (*La pathologie sociale*, en la *Revue internationale de Sociologie*, t. II, 1894, pág. 856.) Todo el que sepa algo de achaques de abogacía reconocerá cuánta verdad encierran estas palabras. Pero yo añadiría más: yo creo que la especie de parasitismo que constituye la clase actual de los abogados es de la peor especie, por ser esencialmente corruptor. Los abogados, con su idea (que ya no tienen sólo ellos, sino que se ha difundido por todo el cuerpo social) de que les es lícito, y hasta obligatorio, sacar á flote á *todo trance y por todos los medios* la causa de... quien mejor les pague; con la competencia innoble que unos á otros se hacen para arrebatarse los *negocios (a)*; con su sistema de entenderse previamente con testigos, peritos, jurados, etc. *(b)*, para *preparar* el resultado del pleito ó causa; con su tendencia á procurarse el mayor número posible de éstos, sin fijarse en su cualidad ni preocuparse poco ni mucho en que gane ó pierda la justicia *(c)*; con su ferocidad

---

(a) Esta competencia llega á veces á un límite inconcebible. No hace mucho tiempo que un Colegio de abogados de una capital de provincia tuvo que tomar sus medidas y nombrar una comisión ó tribunal de honor para que entendiera y resolviera las contiendas de esta clase que se suscitaran entre los agremiados, las cuales suelen ser bastante frecuentes y nada edificantes, en verdad.

(b) Muy recientemente, estando celebrándose vista pública en una Audiencia provincial, como se suscitara un vivo incidente entre el ministerio público y la defensa, el primero acusó á ésta de sobornar á testigos y jurados. El asunto, como es natural, debía haber dado motivo á la formación de causa criminal; sin embargo, no se hizo así, antes bien, el presidente de la Sala procuró poner en paz á los contendientes, interponiendo su autoridad conciliadora (!).

(c) Con motivo del último decreto de indulto (16 Mayo 1894), que extendió los beneficios de éste, aun á los procesados por determinados delitos, no sólo á los penados, les oí á muchos abogados lamentarse de tal extensión, *porque les quitaba asuntos;* en los «sagrados intereses» (como ellos suelen decir) de la justicia, ninguno pensaba.

Digitized by Google

xima *ignorantia legis non excusat*, en nombre del principio mismo de la igualdad, en que la referida máxima pretendía

---

implacable por estrujar y esquilmar al cliente; con todo esto, están causando incalculables daños, directa é indirectamente, á la moralidad pública.

A mi juicio, el legislador ó el ministro que suprimiera la abogacía, prestaría un servicio inmenso al país. Y se lo prestaría también no pequeño á la misma administración de justicia. La existencia de los abogados y el sistema de administrar justicia á que responden en la actualidad—un duelo entre dos partes encontradas,—obligan á los tribunales á desempeñar un papel completamente pasivo, teniendo que limitarse á decidir sobre las cuestiones y pretensiones presentadas y alegadas por los combatientes, y no pudiendo ellos en modo alguno tomar la iniciativa en ningún asunto. Bien al contrario, suprimidos los abogados, los jueces tendrían que hacerlo todo por sí mismos; ellos serían los que averiguaran las condiciones de hecho, los elementos reales que hubieran de servir de base para la aplicación, ó mejor, para la determinación del derecho propio y conveniente en cada caso. Así es como la administración de justicia podría ser igual para todos, ricos y pobres, porque tendría que ser gratuita, y no existirían las diferencias que forzosamente tienen que existir hoy, según se trate de pudientes ó de necesitados. Pues lo del *beneficio* de pobreza, de que hablan nuestras leyes procesales, además de hallarse rodeado de grandes y numerosos defectos, es un verdadero escarnio.

La supresión de los abogados es una exigencia de toda administración de justicia, donde se conciban los intereses de todos los individuos y clases como enlazados y solidarios, no como antagónicos y en lucha, que es como hoy suelen concebirse; pero es sobre todo y ante todo una exigencia de la administración de justicia penal, donde se trata siempre de intereses íntimamente relacionados y donde se dice que el criterio inspirador de las leyes de este orden, el bienestar público, abarca por igual al delincuente y á los demás ciudadanos. Aquí, además, la supresión podría hacerse inmediatamente, sin que se produjera trastorno alguno, sin que hubiera el temor de que, como en toda reforma radical sucede, se lastimaran *derechos adquiridos* al amparo de una legislación anterior; como no fueran los derechos adquiridos que pudieran alegar los propios abogados á... seguir explotando á sus clientes. (Véase el artículo citado *Bosquejo de una reforma*, etc., en el libro *Problemas jurídicos contemporáneos.*)

Pido al lector perdón por esta larga nota, cuyo asunto sólo de una manera indirecta se relaciona, al parecer, con el que en el texto nos ocupa; mas es, á mi juicio, tan interesante, y por lo demás, encaja tan bien en el cuadro de una reforma total y orgánica de la función de administrar justicia, que no he podido por menos de hacer algunas indicaciones acerca del mismo. Sin

Digitized by Google

inspirarse. «La ley—dice Salvioli (1)—supone y pretende que un pobre, un analfabeto, un obrero, sepan lo que á menudo no sabe el hombre técnico, y que muy á menudo no sabe el instruído, ni el rico, quien, sin embargo, tiene siempre á su disposición una turba de abogados. Aquellos que carecen de medios, en especial las clases trabajadoras, están expuestas á daños inmerecidos, por el hecho de ser tratadas como las clases acomodadas. Dichas clases pobres no pueden siempre tener á su lado al abogado que les asista, y si lo pueden tener en una parte mínima, es forzoso que para ello sacrifiquen su pan. Por tanto, bien sean actoras, bien demandadas, si no prefieren renunciar á sus pretensiones ó excepciones, las dificultades, dilaciones y gastos del procedimiento, la imposibilidad en que se hallan de comprender el lenguaje técnico del foro y el no poder servirse de un buen abogado, son causas que las exponen á ser condenadas con más frecuencia que las clases ricas. Se objetará diciendo que existe la defensa gratuita; á lo que contestaré que, en una sociedad donde todo se paga, los servicios que se prestan gratuitamente son los peor prestados (2). Todavía se me objetará que, á falta de patrocinadores ó defensores, ahí está el juez para vigilar por la tutela del derecho. Pero aun esto es una ilusión, ó un error. Es un canon de nuestro derecho el de que el juez no pueda completar ni ayudar á la defensa de nadie. Aun en el caso en que esté convencido de lo contrario, no tiene más remedio que atenerse á la verdad formal que resulta de la discusión, y *secundum acta et probata*, sentenciar. El juez no tiene iniciativa alguna: la iniciativa corres-

---

la supresión de los abogados, la reforma que se preconiza resultaría parcial, incompleta, y por consiguiente, ineficaz.

(1) Loc. cit. V. en el mismo sentido A. Calderón, loc. cit.

(2) A lo que debe añadirse, que en lo criminal rara vez se hacen defensas del todo gratuitas: ya saben arreglárselas los abogados para obligar al reo, cuya defensa les ha correspondido en turno, á que se quite, si es necesario, el pan de la boca, y aun á que pida limosna (conozco un caso en que ha ocurrido esto) para reunir *alguna cantidad con que pagarle su trabajo*.

Digitized by Google

ponde toda á las partes. Esta pasividad del juez, á quien aprovecha es á los ricos, los cuales acaparan los abogados más expertos. Estos dirigen la causa, proponen las pruebas y los informes periciales. Sólo ellos pueden vigilar asíduamente sus intereses judiciales, y los juristas afirman que *vigilantibus jura succurrunt...*» (1).

108. Se ha dicho que el principio *nemo jus ignorare censetur* y el *ignorantia legis non excusat*, consecuencia obligada del anterior, representan una incongruencia dentro del sistema penal dominante, porque vienen á colocar al reo en una situación muy desfavorable, siendo así que el espíritu á que dicho sistema pretende responder es el de otorgar al delincuente las mayores ventajas y beneficios posibles. Mas en el mundo no hay nada enteramente contradictorio y desorganizado. Las mayores extravagancias (para nosotros, que miramos las cosas siempre, porque no es posible de otra manera, desde *nuestro* punto de vista), las más raras genialidades, los caprichos más absurdos de los individuos ó de las colectividades, son hechos que concuerdan de un modo perfectamente exacto con el estado particular del sujeto que los ejecuta. Ni siquiera los extravíos de un loco son incongruentes con su organismo físico y psicológico; solamente son incongruentes para nosotros, que los vemos *desde fuera*.

Como, según la teoría, no hay más derecho que el *legislado*, á lo menos no hay otro derecho obligatorio, que pueda hacerse valer coactivamente, considerándose permitido todo aquello que de un modo claro y expreso no prohiban las leyes (2); como, por otra parte, las disposiciones de orden penal son las especialmente encargadas de mantener el orden social, el respeto

(1) Salvioli, ob. cit., págs. 13-14. V. también en el mismo sentido Menger, *El derecho civil y el proletariado*, y Treves, *Socialismo e diritto civile*, en el *Archivio di Prichiatria*, tomo XV, 1894, págs. 533-34, y *Critica sociale*, 1894.

(2) Esto lo dicen bien terminantemente los escritores; véase más atrás, caps. I y II.

Digitized by Google

á esas leyes, amenazando con la imposición de un castigo, de un mal, á aquellos que las infrinjan, no había más remedio que seguir uno de estos dos caminos: ó permitir que los individuos alegasen, como excusa para librarse del castigo, el no conocimiento de la ley infringida, y por tanto, la no infracción, realmente, de la misma, en el cual caso se ofrecía el temor de innumerables abusos por parte de los malvados, de los individuos más peligrosos y, con los abusos, el posible trastorno de la tranquilidad social; ó suponer, en evitación de tal trastorno, que todo el mundo conoce las leyes, y no permitir que nadie pueda alegar la ignorancia de las mismas para librarse de la pena. Esto último es una verdadera ficción (1), mas á ello se atienen por lo general los tratadistas. Es una ficción, dice Caravantes, «pero que es de *absoluta necesidad para la conservación del orden social*» (2). «Es una *exigencia política*, escribe por su parte Carrara, el presumir en el ciudadano el conocimiento de la ley penal, que, por lo demás, todos tienen obligación de conocer (3).» «El único argumento—dice Ambroso-

(1) «Una ficción ridícula», hemos visto que la llama Salvioli. También Vicente y Caravantes (ob. cit., págs. 4-5) reconoce que la máxima «se presume que nadie ignora las leyes», es una ficción. Lo mismo deberían confesar todos los demás escritores. Alguno, no obstante, dice que no es una ficción, si bien se ve obligado á hacer una multitud de concesiones y de salvedades, que vienen á convertir realmente su negativa en afirmación. (Setti, *Dell' imputabilità*, Turín, 1892, págs. 7 y siguientes.)

(2) Loc. cit.

(3) Carrara, ob. cit., t. I, § 258, pág. 246. Paoli también funda la presunción de que todo el mundo conoce las leyes en la *necesidad política*. (Ob. cit., lib. I, parte general, pág. 105.) Igual hace Travaglia (ob. cit., I, pág. 177). Setti afirma asimismo que «la presunción según la cual todos *deben* conocer las leyes debidamente promulgadas, es una *necesidad política* incontestable». (Ob. cit., pág. 169.) Para justificar tal presunción, escribe lo siguiente: El principio de que nadie puede alegar como excusa la ignorancia de la ley, «no es un precepto civil, ni criminal, ni administrativo, ni de ninguna otra especie, sino que es *una condición esencial de la existencia y de la actividad jurídica de cualquiera ley*. El Estado, decía Romagnosi, es una gran tutela y una gran educación. Pues bien: como tutela, el Estado debe considerar la ignorancia

Digitized by Google

li—que excluye la excusa fundada en la ignorancia de la ley, está en el *principio político* de que *de otra manera toda ley quedaría desautorizada.* Es UNA DURA NECESIDAD, PERO INEVITABLE (1). De donde resulta que el edificio del derecho penal SE FUNDA EN UNA FICCIÓN, en una ficción *cuyo objeto es causar males al individuo.* ¡Y esto lo hacen los penalistas de la corriente individualista y humanitaria, aquellos que tan celosos suelen mostrarse otras veces de los derechos del delincuente, que tanto abominan del arbitrio legislativo y judicial, y que de ordinario acuden en los casos de apuro al socorrido principio de *lo más favorable al reo!* La presunción, pues, á que nos venimos refiriendo es incongruente con el principio *pro reo*, pero no lo es con el principio opuesto *pro societate*, antes bien se funda de un modo terminante y claro sobre éste. Y como los penalistas echan mano del uno ó del otro, según les conviene, no obstante ser contradictorios, y por lo mismo incompatibles; como su sistema procura ponderar y equilibrar, sin

---

como un obstáculo á la actividad de la ley, como un factor de incertidumbres, de injusticias, en el campo de la crítica criminal, como un elemento disolvente, no sólo de la represión, sino también de la prevención de los delitos, porque desconoce en la *soberanía* de la ley el carácter de la obligatoriedad. Y si es cierto que, sin sanción, no pueden darse entre los hombres obligación ni imperio eficaces, no lo es menos que, en el concepto jurídico de la sanción, va implícito el de la *notoriedad presunta*, para que la obligación y el imperio puedan conseguirse. Como educación, el Estado debe considerar la ignorancia como una fuerza enemiga que es preciso eliminar, como una herencia moral que hay que repudiar, por cuanto, *basándose en gran parte (a) la ley penal sobre la ley moral*, la ignorancia de aquélla se resuelve en el desconocimiento de ésta y en no querer conformarse con la misma». (Ob. cit., págs. 8 4.)

(1) En los *Elementi di diritto criminale*, de Carmignani, trad. ital., pág 79, nota 8.

(a) ¿En cuánta parte? Esto se dice bien, abstractamente; pero en la realidad no puede determinarse hasta dónde los preceptos de la ley positiva se fundan sobre la ley moral, ni esta conexión entre ambas es igual para todos los individuos. Por lo demás, no deja de ser un tanto extraño que quien así hable sea un positivista.

Digitized by Google

lograrlo, por supuesto, porque es imposible, los dos encontrados intereses, aunque propendiendo casi siempre (en teoría, al menos) hacia el del individuo, es para ellos muy llano y muy lógico el asentar y mantener afirmaciones que á nosotros, los que nos colocamos en distinto punto de mira y nos servimos de un solo criterio—el del interés único é idéntico para el individuo y la sociedad—nos parecen antagónicas (1).

109. Si la máxima *nemo jus ignorare censetur* es, como queda dicho, una ficción, porque quienes saben las leyes son una insignificante minoría de individuos, si es que puede decirse que hay alguno que las sepa, lo natural sería procurar que esta ficción, ó si no quiere llamársela así, esta hipótesis, respondiera lo más que fuese posible á la realidad que da por existente, pero que no existe. Lo natural sería que se aprovecha-

(1) La presunción á que nos venimos refiriendo la admiten, lo mismo los penalistas de la escuela clásica, que los de la positiva; mas debemos advertir que, al paso que se explica bien en aquéllos, por cuanto la pena es para ellos, y no puede menos de ser, un castigo á que el sujeto se hace acreedor por haber hecho mal uso de su voluntad libre, pudiendo haberlo hecho bueno, no parece conciliable con el sentido y espíritu que informa (en el fondo, no siempre en las expresiones) toda la teoría de éstos; pues en el determinismo, que es la base de la misma, no es racionalmente posible la pena como castigo; no es racionalmente posible más pena, que la pena como medio preventivo. Y claro está que, así consideradas las cosas, no se necesita para nada presumir, como en el sistema del libre albedrío, que todo el mundo conoce las leyes, á fin de evitar el abuso que de otra suerte harían los delincuentes, con el fin de sustraerse al *castigo*, de la excusa de la ignorancia de la ley (v. § 126).—Que sobre este particular no existen discrepancias entre las dos escuelas clásica y positiva, lo dice también el positivista Setti (ob. cit., página 6), único de esta tendencia que, en cuanto nosotros sepamos, se ha ocupado con alguna extensión del asunto. Por lo demás, la coincidencia entre ambas direcciones aquí se explica bien, sabiendo que en muchísimas cosas la más moderna no ha hecho sino recibir como buenas, sin someterlas á revisión crítica, las teorías formuladas por la más antigua, y sabiendo sobre todo que ocurre precisamente esto con las fuentes del derecho penal, donde la escuela positiva mantiene el aforismo *nullum crimen sine lege*, que le ha legado la clásica, y que es la causa principal del *nemo jus ignorare censetur* no obstante ser antitéticos, ó mejor aún, precisamente por serlo.

Digitized by Google

ran cuantos medios y recursos pudieran utilizarse para hacer que las leyes llegaran á conocimiento del mayor número de individuos, cosa que en la actualidad, con los procedimientos que se emplean para formarlas (1) y publicarlas (2), es imposible (3).

---

(1) Aun los defensores de la máxima *ignorantia legis non excusat* reconocen los defectos de la actual formación de las leyes, y como consecuencia, la necesidad de que esta formación tenga lugar de manera que se facilite el conocimiento de las mismas y disminuya la falsedad de la máxima tantas veces citada. «Es indudable—escribe Setti (ob. cit., pág. 8)—que el método que hasta ahora se ha empleado para formar las leyes, sin un instituto legislativo que las coordine, implica una serie de inconvenientes que van en aumento cada día. La actividad humana se ve rodeada de una infinita cantidad de disposiciones, de suerte tal, que *no hay previsión capaz de impedir que un hombre honrado cometa algún delito*. Primero la ley, después el reglamento, las disposiciones transitorias, las modificaciones á la ley, las modificaciones al reglamento; luego el texto único de la ley y el texto único del reglamento, el Real decreto que modifica el reglamento, la Real orden que modifica el Real decreto...: todo esto son otras tantas asechanzas tendidas á la actividad humana, que se desarrolla sometida á preceptos tan complicados, desde un código que reprime el homicidio hasta un Real decreto que prohibe la venta de la achicoria... No es, por tanto, de extrañar que una disposición reglamentaria derogue á menudo una disposición legislativa, y que las leyes se muestren abigarradas y confusas, siendo una empresa ardua el encontrarlas en las colecciones, y una vez encontradas, es difícil completarlas con las reglas afines, y después de completadas, es difícil retenerlas en la memoria, y cuando se recuerdan, es difícil entender su sentido al coordinarlas.»

(2) «El procedimiento que para la promulgación se emplea en nuestros días hace esta promulgación punto menos que ilusoria. Imprimir el texto legal y publicarlo bajo la forma de una hoja periódica, que ni aún se procura poner al alcance de todos los ciudadanos, no es, ni puede llamarse seriamente, promulgar una ley. Y ¿qué deberá pensarse de esta forma de promulgación *por suscrición*, tratándose de pueblos, como el nuestro por ejemplo, respecto de los cuales consta de una manera oficial que los signos en que las leyes se imprimen y publican son, para un inmenso número de ciudadanos, de todo punto indescifrables? ¿No equivale semejante modo de proceder, al de las autoridades que hicieran pregonar las leyes para un pueblo de sordos, ó fijar en los sitios públicos los bandos á que hubiera de ajustar su conducta una nación de ciegos?» (A. Calderón, loc. cit., pág. 127.)

(3) Nos parece, por lo mismo, sobrado optimista la opinión de Aram-

Digitized by Google

De aquí que se sienta la necesidad de poner algún remedio á este inconveniente, y que para ello se hayan propuesto diferentes procedimientos. Menger propone, como «único remedio al mal, el de que el Estado imponga al juez la obligación de dar gratuitamente á todo ciudadano, sobre todo á los indigentes, *siempre que la necesidad lo requiera*, las oportunas instrucciones legales; ó mejor aún, que tome de oficio la causa de aquel que no pueda proveerse de abogado, contra el que lo tenga» (1). Aquí se refiere el autor á los asuntos civiles, pero su proposición puede perfectamente hacerse extensiva al orden penal.

Otros proponen que las leyes se escriban en lenguaje vulgar, inteligible para todos. Tal sucede con el mismo Menger (2), con Salvioli (3), con Treves (4). Esta era también la opinión de Beccaria, según se infiere de las siguientes pala-

---

buru, el cual dice que «lo relativo á la publicación de la ley y á la consecuencia del supuesto de su conocimiento, obtiene en nuestros días auxilio y base que no obtenía antes: la difusión de la cultura esclarece más y más el criterio de conciencia, que estima en primer término la licitud ó ilicitud de las acciones, y los medios de publicidad del precepto, así por la manera con que se hacen las leyes en los Estados modernos, como por el interés que hoy toma el ciudadano en la vida pública y el comercio de noticias é ideas que la prensa periódica mantiene con actividad incesante, *justifican por modo extraordinario* la presunción legal, *ley publicada equivale á ley conocida*, y *evita excepciones semejantes á las que en el texto se mencionan*» (mujeres, menores, idiotas, militares, los extranjeros en los casos de contravención á las leyes locales, la ignorancia de las leyes de policía, etc.). Aramburu, en las *notas* á Pessina, pág. 131.—Aun siendo cierta esa difusión de la cultura y esa publicidad de que el autor habla, no creemos nosotros que pueda establecerse, y menos, como él quiere, con carácter de absoluta y sin admitir excepciones, la presunción: *ley publicada equivale á ley conocida*. Con sólo *un caso* que hubiera en el que la presunción fuera falsa, no podría lícitamente asentarse como vaedera *sin excepción*.

(1) Menger, citado por Luzzato, *La pubblicazione delle leggi*, en *La Scienza del diritto privato*, tomo I, 1896, pág. 405. V. también *El derecho civil y los pobres*, en la *Revista de Derecho y de Sociología*, t. I, 1895, pág. 297.

(2) Loc. cit.

(3) Ob. cit.

(4) Art. cit. del *Archivio di Prichiatria* y de la *Critica sociale*.

Digitized by Google

bras: «Si la interpretación de las leyes es un mal, es evidente que será también otro mal la *oscuridad* de las mismas, que origina necesariamente la interpretación; y este mal será grandísimo, cuando las leyes estén escritas *en una lengua desconocida para el pueblo*, que lo haga dependiente de algunos pocos, porque no podrá juzgar por sí mismo cuál sería el éxito de su libertad ó de sus miembros, *con una lengua que haga de un libro solemne y público un libro casi privado y doméstico*. Cuanto mayor sea el número de aquellos que entiendan y tengan en sus manos el sagrado código de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, porque no cabe duda de que la ignorancia y la incertidumbre de las penas ayudan la elocuencia de las pasiones. Y ¿qué deberemos pensar de los hombres, teniendo en cuenta que ésta es una costumbre inveterada en buena parte de la culta é ilustrada Europa» (1).

Bentham, por su parte, creía que, para obviar el inconveniente de que se trata, deberían las leyes ir acompañadas de un comentario razonado, con lo cual responderían mejor á los propósitos del legislador, se estudiarían de mejor grado, se entenderían mejor, se conservarían mejor en la memoria y se granjearían más el afecto de los hombres (2).

---

(1) Beccaria, ob. cit., § v, edición de Sonzogno, Milán, 1884, pág. 42. Chauveau y Hélie sientan también la siguiente regla: «Que no es posible pronunciar condena alguna, que no se pueda imponer ninguna pena, que no se apoye sobre un texto preciso de la ley. *Pero además es necesario que este texto sea claro, transparente, de manera que el ciudadano más instruído pueda comprender su prescripción. Pues si no ha podido comprender la prohibición, ¿cómo le podréis imponer con justicia la pena? Si la prohibición estuviese rodeada de ambigüedades, ¿tendría el ciudadano culpa por no haberla entendido?*» (Ob. cit., I, pág. 41.) Vicente y Caravantes reconoce asimismo la «conveniencia de que las leyes sean claras y *paladinas*, como dice la ley de Partida, *para que todos las entiendan, pues si por ser ambiguo su texto, no se ha podido comprender la prohibición, no puede aplicarse la pena justamente.*» (Ob. cit., pág. 12.)

(2) Bentham, *Traité de la législation civil et pénal*, § 2, citado por Setti, *Dell' imputabilità*, pág. 9.

Digitized by Google

Livingston (1) ha propuesto que «las leyes penales sean promulgadas de manera que sus disposiciones se graben en el espíritu del pueblo, y á este efecto, no sólo deben ser publicadas, sino enseñadas en las escuelas (2) y leídas públicamente en determinadas épocas».

Por su parte, Roland prefiere al sistema usual en Francia, que es el mismo que hoy se emplea en España (3) y en la generalidad de los pueblos europeos, el sistema adoptado por la Asamblea Constituyente, según el que «la ley debería ser enviada á todos los municipios, los cuales la inscribirían en un registro, la leerían públicamente y la fijarían en el tablón de edictos: en este caso—añade el autor—es cuando se tendría alguna razón para establecer como regla absoluta el

---

(1) *Exposé d'un système de législation criminelle*, citado por Roland, *De l'esprit du droit criminel aux différentes époques*, París, 1880, pág. 401.

(2) La necesidad de que el conocimiento del derecho se difunda y de que á este fin se aprovechen todos los medios oportunos, principalmente el de la enseñanza de aquél en las escuelas, como el procedimiento quizá más adecuado de todos, es una necesidad apremiante. Es, en verdad, un poco raro que se considere que la geometría, la geografía, la botánica, la historia, etc., constituyen parte, no sólo de las materias que forman la cultura general de un ciudadano de nuestros días, sino de las materias que integran el programa de la enseñanza primaria, y que, en cambio, quede excluída de este programa la enseñanza del Derecho, la más importante acaso para la vida social de todo hombre. Por eso, algunos escritores reclaman la introducción de la asignatura de Derecho en la enseñanza secundaria y aun en la escuela primaria. (V., entre otros, A. Brunialti, *L' insegnamento superiore in ordine alla vita pubblica*, en *L' Università*, revista italiana de enseñanza, t. I, 1887, págs. 6 y sigs.; Gorrini, *La riforma universitaria*, Milán, 1893, págs. 206 y sigs.; Sarlá, *La enseñanza del derecho en la escuela*, artículo publicado en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, de Madrid, tomo XIII, 1889, págs. 100 y sigs., y 152 y sigs.)—En España, el plan de estudios de 1821 estableció en la segunda enseñanza cátedras de economía política, y estadística, moral y derecho natural y derecho público y constitución. El último plan de estudios de segunda enseñanza de 16 de Septiembre de 1894 ha introducido también la asignatura de derecho usual, una de cuyas partes ha de ser el derecho penal.

(3) V. el art. 1.° del Código civil, citado más atrás.

Digitized by Google

principio de que se presume que nadie ignora la ley» (1).

110. Todos estos medios de hacer que las leyes lleguen á conocimiento de los ciudadanos, para que la presunción de que todos las conocen no sea tan absurda como hoy lo es, son, sin duda, aceptables; pero no hay más remedio que reconocer que son insuficientes, y que en la actualidad se dispone de otros métodos y procedimientos de publicidad, que deben aprovecharse, juntamente con los anteriores.

A este propósito, Fabio Luzzatto ha propuesto un sistema bastante completo de medios para publicar las leyes y difundir entre los individuos el conocimiento de las mismas; sistema que, á decir verdad, sobre ser muy adecuado para los fines que se persigue, ofrece la ventaja de ser fácilmente realizable y poco costoso. El procedimiento indicado por Menger no le parece á Luzzatto suficiente, y con razón; porque, bien el juez tome de oficio la causa, bien haga conocer al individuo las oportunas disposiciones legales, *siempre que la necesidad lo exija* (lo cual es

(1) Roland, ob. cit., pág. 402. «Esta cuestión, dice el mismo escritor, es de la mayor gravedad (dentro del sistema corriente, añadiríamos nosotros). En efecto, el conocimiento de la rama del derecho que enseña la naturaleza, extensión y grado de cada delito y que determina la pena proporcionada al mismo, es de la mayor importancia para todo individuo; pues no hay rango ni elevación en la sociedad, ni grandeza de alma, ni prudencia, ni circunspección de conducta que pueda autorizar á un hombre á pensar que no se verá nunca interesado en estas materias. Las debilidades del más justo de los mortales, los vicios y las pasiones indomables de los demás, la instabilidad de todas las cosas humanas y los innumerables acontecimientos imprevistos que un solo día puede acarrear, nos dicen, á poco que se reflexione, que es un punto de interés universal el conocer con precisión lo que las leyes de nuestra patria prohiben y las deplorables consecuencias que resultarían de su infracción. No hay mayor vicio en la legislación de un Estado que la existencia de leyes que hayan caído en desuso, es decir, de leyes que ya no lo son, pero que pueden revivir en todos los casos en que la malicia de un acusador, el odio de un partido, la pasión política, la impaciencia, la corrupción ó la pasión de un juez, induzcan á éste á sacar la espada que la herrumbre estaba comiendo en su vaina. En lugar de la ley, lo que reina entonces es la arbitrariedad y la incertidumbre.» (Ob. cit., págs. 402-3.)

Digitized by Google

tan elástico, que podrá ocurrir que á los ojos del juez no se presente *nunca* la necesidad), con esto no se conseguirá el previo conocimiento de la ley que es necesario para que un hecho se pueda considerar perfecto y capaz de efectos jurídicos. *Errantis nulla voluntas.* El conocimiento de las leyes se habrá de ir difundiendo poco á poco, por la fuerza misma de las cosas, cuando se llegue á dar una participación más directa que hoy á la mayoría los ciudadanos en la obra legislativa, mediante el *referendum* (1). Pero, mientras llega este caso, hay que procurar buscar un nuevo modo de publicación para poder establecer equitativamente la presunción de que todos tienen, ó han podido tener, empleando una diligencia normal, noticia de la ley, y para aminorar los inconvenientes que, de referida presunción, se originan en la actualidad.

El nuevo modo podría aprovechar los siguientes recursos:

1.° La prensa periódica. Puesto que el periódico diario constituye hoy el medio más común para la difusión de las ideas, podría tomarse la medida de obligar á aquéllos á publicar, al menos en extracto, en una columna separada, noticia de las leyes promulgadas, tanto, cuanto fuese suficiente para dar una noción de las mismas á la generalidad é indicaciones para mayores investigaciones al que quisiera hacerlas. 2.° Los municipios deberían dar noticia al público, á la llegada del *Boletín oficial* ó de la *Gaceta*, del contenido legislativo de los mismos, mediante aviso gratuito, y además fijándolos en el tablón de anuncios del Juzgado municipal y en otros sitios. 3.° Lo mejor sería que el anuncio por extracto se comunicara á todos los ciudadanos, mediante una hoja expedida á los jefes de familia, de talleres ó de cuerpos colegiados. La suscripción á esta hoja podría hacerse obligatoria, siendo pequeña la cantidad que costase; sólo á los miserables se les enviaría gratis. 4.° Como estos medios serían inútiles, ó por lo menos insuficientes para los

(1) Al mismo resultado se llega con la participación que hoy se les da en la administración de justicia por medio del Jurado. V. Roland, loc. cit.

Digitized by Google

iletrados, que tantos son en nuestro país; y como, por otra parte, la simple notificación de palabras *di colore oscuro* no bastaría para dar exacto conocimiento de las leyes á las personas poco cultas, no hay más remedio que difundir este conocimiento (para poder presumir racionalmente que todos saben el derecho positivo), imponiendo como obligatoria la enseñanza de las nociones elementales de las leyes, no sólo en los establecimientos de enseñanza secundaria, sino en las escuelas de instrucción primaria, para aquellos que concluyen en ellas sus estudios (1). 5.º Para los que no asisten á las escuelas y para los analfabetos, deberían establecerse conferencias públicas, en las cuales, los maestros elementales diesen lectura y explicación sumaria de las leyes que se fueran publicando (2).

Añádanse, si se quiere, otros medios de publicación á los que el escritor italiano propone; modifíquense éstos en la forma que se tenga por conveniente, ó invéntese alguno nuevo; pero reconózcase que el sistema hoy en uso es muy defectuoso y que,

---

(1) Véase la pág. 410, nota 2.

(2) F. Luzzato, *La pubblicazione delle leggi*, en la *Scienza del diritto privato*, I, 1898, págs. 404 y sig. V. también la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 83, págs. 409-10. «Para que el legislador pueda hacer suya con justicia la máxima del jurisconsulto romano: *regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere*, no basta que, trocando en una verdad la promulgación de la ley, es logre hacer llegar á conocimiento de los ciudadanos sus prescripciones, á medida que van siendo declaradas por los poderes oficialmente encargados de esta función; es menester, además, que se faciliten á todo individuo los medios de conocer el derecho vigente, aun el ya de antiguo estatuído, antes de que llegue á la edad en que la ley reconoce su plena capacidad para el libre ejercicio de los derechos civiles. Esta especie de promulgación retrospectiva, si vale la expresión, no puede revestir otra forma que la de una *enseñanza* sistemática del derecho patrio. Incumbe, sin duda, al Estado, el deber de dar esta enseñanza, así como á todos los ciudadanos, sin excepción, la obligación de recibirla. Y he aquí cómo el problema, tan debatido en nuestros días, de la enseñanza obligatoria, se resuelve—por lo que respecta al menos á la enseñanza del derecho—de una manera definitiva. En tanto que esto no se haga, la justicia exige que la alegación de ignorancia sea en todo caso considerada como lícita» (Calderón, loc. cit.).

Digitized by Google

con él, la presunción *nemo jus ignorare censetur* es una ficción absurda, ó, como Salvioli dice, ridícula.

Y, aun después de apurados todos los medios posibles para hacer que las leyes lleguen á conocimiento de todos y sean por todos entendidas, no se debe, ni es necesario, establecer la presunción de que se trata, como Setti (1) cree; pues con sólo *un* caso que se diera de ignorancia de la ley, la tal presunción sería insostenible, por contravenir á la realidad.

111. En la filosofía del derecho, ha comenzado hace ya algún tiempo á reaccionarse contra la antigua teoría de las presunciones, singularmente contra la de las presunciones *juris et de jure*. Y con razón. No son las presunciones otra cosa que puras hipótesis, y como toda hipótesis, en tanto pueden mantenerse, en cuanto no las desmienta y las eche por tierra la realidad. Por esto, toda presunción debe ser de las que se llaman *juris tantum*, ó lo que es igual, debe ceder ante la prueba en contrario (2).

La presunción de que todo el mundo conoce las leyes ha venido considerándose, y aun hoy se considera por muchos, como presunción *juris et de jure*, ó sea como expresión inatacable de la verdad, de la realidad, no obstante ser, como queda dicho, en la mayor parte de los casos, una ficción. Pero también contra ella se viene manifestando, con la lentitud inherente á estos movimientos, una corriente de reacción, en virtud de la cual se reclama la admisión de la posibilidad de la prueba de la ignorancia de derecho.

Mas en ningún orden se resiste tanto á esta admisión como en el orden penal (3). Lo cual no deja de parecer raro, aparte

(1) Ob. cit., pág. 10.

(2) Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho;* Trendelenburg, *Derecho natural apoyado en la ética*, trad. italiana de Modugno, Nápoles, 1873, § 75, pág. 161.

(3) Que es al que la presunción de que se trata viene aplicándose de modo absoluto. «Para las materias criminales, dice Dalloz (citado por Le Sellyer, ob. cit., I, pág. 228, nota), es para las que principalmente se ha hecho el prin-

Digitized by Google

de otros motivos que luego (§ 118) expondremos, por resultar contradictoria la máxima *nemo jus ignorare censetur, ignorantia legis non excusat*, con aquella otra que dice *nullum crimen sine lege* y con el espíritu de que ésta es sólo una expresión, es decir: con el espíritu de toda la doctrina dominante, que es el escudar y dar armas y garantías al individuo contra los posibles abusos de los tribunales. Espíritu, que se revela bien claramente en la manera con que los tratadistas resuelven las varias cuestiones estudiadas en los precedentes capítulos, que informa y penetra desde el principio hasta el fin la generalidad de las teorías desarrolladas por tales escritores, y que exigiría que éstos, siendo fieles al mismo, negaran la presunción á que nos venimos refiriendo, y resolvieran la contradicción entre ella y el principio *nullum crimen sine lege*, en contra de aquélla y en favor de éste.

Para justificar la solución anómala que dan al problema del valor que á la ignorancia del derecho ha de concederse en materias penales, acuden los tratadistas al siguiente razonamiento (cuando hacen alguno y no se conforman con presentar la afirmación escueta) (1): que las leyes penales castigan los actos *intrínsecamente malos*, los actos *inmorales in se*, aquellos cuya inmoralidad comprende todo hombre, por tener grabada en su conciencia la idea del bien y del mal, que le sirve de guía y de criterio para discernir infaliblemente qué es lo que debe hacer y cuál es aquello otro de que debe abstenerse (2).

---

cipio *nemo jus ignorare censetur*. La aplicación del mismo *no es justa, sino en la represión de los delitos*, los cuales no podrían castigarse nunca si se admitiese la excusa de la ignorancia del derecho.»

(1) Como sucede, v. gr., con Carrara (ob. cit., I, pág. 246), Garraud (ob. cit., I, pág. 338), Pessina (ob. cit., pág. 209), Impallomeni (ob. cit., I, página 151), Travaglia (ob. cit., pág. 177), Blanche (ob. cit. I, pág. 389), Villey (ob. cit., pág. 117), Valdés (ob. cit., I, pág. 223) y otros.

(2) «Si respecto de una ley positiva parece que, por el principio de que, no llegando ni habiendo podido llegar á noticia de aquel que ha de ajustar á ella sus actos, no le es obligatoria y no puede responder de su violación, *la ley del derecho está en la conciencia del hombre siempre promulgada y, por consi-*

Digitized by Google

Este razonamiento, además de ser indefendible desde el propio punto de vista de los escritores que lo alegan, en cuanto, si se lleva á rigor, hace claudicar el sistema que los mismos mantienen, es un razonamiento perfectamente falso, por serlo la base en que estriba. Tocante al mismo tendríamos que hacer muchas y largas observaciones; pero nos vamos á limitar á alguna indicación sobre las que nos parecen de más interés.

112. 1.ª—Debemos decir ante todo que las concepciones de que se parte al hacerlo, concepciones que hemos heredado de las diferentes direcciones y escuelas metafísicas, pero muy singularmente de la abstracta del derecho natural, son completamente equivocadas. Se da por supuesto que ciertas cosas, ciertos seres, ciertos actos, ciertas relaciones, son *por sí mismos* y *siempre buenos*, sin que puedan *jamás* ser *malos;* y al contrario, que otros son *por esencia* y *en todo caso malos*, sin que puedan *nunca* convertirse en *buenos*. Y se da por supuesto después que el individuo tiene en su misma naturaleza, desde que viene al mundo, desde que es hombre, criterios infalibles, no adquiridos en el roce continuo con la realidad, no producto de la experiencia, no formados gradualmente en el curso de su vida y de la de sus antepasados, que le han transmitido por herencia ciertas aptitudes, ciertos hábitos, que luego él desarrolla; sino impresos de una vez y para siempre en su espíritu, dados, venidos de fuera: criterios con los cuales sabe y puede decir, de

---

guiente, nadie puede decir que la desconoce, si es ser racional. Así se expresa Silvela (*El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, pág. 210). Y Magri, un positivista, escribe lo siguiente, que, en el sistema en el cual se inspira este autor, viene á equivaler á lo que afirma el exprofesor español: «Se presume *siempre* el conocimiento de la ley penal, porque ésta *contempla las infracciones á las reglas fundamentales del recto vivir social, las cuales en el presente grado de evolución*, DEBEN (¿deben?) HALLARSE, ORGANIZADAS EN TODO INDIVIDUO.» (Magri, *Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, 1891, pág. 371.) Lo mismo dice Setti, otro positivista (ob. cit. pág. 6). Completamente lo mismo dice también Calderón (loc. cit.). Y lo mismo dicen otros muchos.

Digitized by Google

antemano, aun antes de haber estado en presencia de ningún ser ni hecho real, *a priori*, qué hechos y seres son en sí buenos y cuáles otros malos.

Mas estas ideas son, decimos, por completo desacertadas. No hay en el mundo nada que sea por sí bueno ni malo: todas las cosas y todas las acciones son malas ó buenas, según sea el punto de vista, el criterio con que se las mire; y son buenas y malas á la vez, buenas para unos (miradas desde determinados puntos de vista), malas para otros (miradas desde puntos de vista diferentes). Los grandes cataclismos de la naturaleza, las mayores aberraciones y monstruosidades de ésta, los terremotos, los volcanes, las galernas, la lluvia, los hielos del invierno, los ardores del estío, el ser unos países montañosos y otros llanos, unos feraces y otros estériles... todo esto no es *en sí mismo* y *en todo caso* ni bueno ni malo, sino lo primero ó lo segundo, mejor, lo primero y lo segundo á la vez, según «el color del cristal» con que el observador lo mire: bueno (útil, que es lo mismo), para ciertos fines y para los seres interesados en ellos; malo (inútil, dañoso) para ciertos otros fines y para los seres cuya prosperidad dependa de ellos, de tales fines. Tampoco son *en sí* buenos ni malos los actos de los hombres, los fenómenos é instituciones sociales. El dar la muerte á un semejante es á veces un acto reprobable y punible (el homicidio), otras, un acto lícito (lo que se llama legítima defensa, las ejecuciones capitales en nombre de la ley y de la justicia), otras, hasta un acto meritorio (acciones de guerra, muerte al extranjero invasor, tiranicidio); todo ello dependiendo del *punto de vista* del espectador, del que juzga, el cual lo juzga bueno ó malo según lo reputa conveniente ó perjudicial para sus fines. Y lo que del homicidio se dice puede y debe decirse del hurto (lícito y aun meritorio á veces: saqueo, corso, presas marítimas, estafas amparadas por la ley, etc.), del suicidio (sacrificio de los mártires de cualquier idea, religiosa, científica, social; arrojo de los valientes en la guerra), de la exposición y abandono de infante (heroicidad de Guzmán el Bueno, infan-

Digitized by Google

ticidio frecuentísimo en ciertos pueblos); de los atentados contra el pudor, de los atentados contra la forma de Gobierno y el orden estatuído, de las falsificaciones; de todos los hechos, en fin, comprendidos como delictuosos en las leyes de hoy y penados por las mismas. E igual sucede con las acciones é instituciones que se consideran buenas por sí mismas y siempre, con el matrimonio, con la familia, con la patria, con los establecimientos de educación, de beneficencia, etc., con los contratos, con la tutela, con la propiedad, con la limosna: todo ello puede convertirse en cosa mala. Lo que hay es que, dada la organización social en medio de la que nosotros vivimos y dadas las condiciones que la constituyen y la mantienen, determinados hechos son nocivos y otros beneficiosos para la misma, por afirmar ó negar tales condiciones, y son nocivos ó beneficiosos también para cada uno de los individuos que participamos (ó nos figuramos participar, que no es lo mismo) de las ventajas que reporta la asociación, lo que denominamos *el orden*. En tal sentido, los hechos son beneficiosos, útiles, *buenos*, ó perjudiciales, *malos*, para los individuos que estiman provechosa la continuación de la asociación, tal y como hoy se encuentra, es decir, son buenos para los fines que los referidos individuos buscan: buenos desde el punto de vista en que los mismos individuos se colocan, ó en que se encuentran colocados sin voluntad suya. Mas acontece que, una vez puestos, voluntaria ó involuntariamente, los hombres en una situación dada, se adaptan por completo á ella, se funden, por decirlo así, con la misma, pierden todo sentido de la realidad, toda noción, podríamos decir, de perspectiva natural é histórica, llegan á figurarse que la vida no es posible en otras condiciones que las actuales, y generalizando lo que no es sino una posición particular suya, hacen extensivo á todos los hombres su criterio, su punto de vista, declaran las instituciones, en medio de las cuales viven y que les reportan ventajas, como las únicas fundadas en la naturaleza de las cosas, como las únicas que responden á los dictados de la razón y de la justicia, erigen los

Digitized by Google

actos que no van (ó presumen que no van) contra ellas en actos *esencialmente buenos*, *conformes con el derecho natural*, y persiguen como *esencialmente malos*, como *opuestos al derecho natural*, como *inmorales* y *delictuosos*, aquellos otros en los cuales ven un atentado contra las condiciones ó factores de la asociación.

El segundo de los supuestos de que antes se habla no es menos falso que el primero. La conciencia del hombre no es una cosa quieta, invariable, igual en todos, un criterio fijo, impreso de una vez, un criterio que trae ya desde antes de nacer; sino que es un *producto*, un producto de innumerables fuerzas, un resultado del roce continuo del individuo, del elemento personal, transmitido por la herencia, con el mundo exterior, una adaptación al medio, una como concreción y depuración de todas las experiencias adquiridas en el choque porsistente con éste, de todas las impresiones que el medio va depositando en el individuo. De aquí que cada hombre tenga su conciencia particular, exclusivamente suya, inidentificable con la de los demás, esto es, su fisonomía moral, que no puede confundirse con la de ningún otro, lo mismo que tiene su propia fisonomía física. La relación en que cada individuo humano puede hallarse con las múltiples fuerzas naturales y sociales, es infinitamente multiforme; y como *esta relación es lo que en cada caso constituye su conciencia* (su razón), la conciencia de todo individuo es infinitamente variable: *un mismo individuo no tiene la misma conciencia en dos momentos de su vida*, tanto menos, cuanto más apartados estén entre sí estos momentos en el tiempo y en el espacio, ó lo que es igual, cuanto más diversas sean las condiciones, las fuerzas, de cuya combinación y entrecruzamiento se forma el complejísimo fenómeno que llamamos conciencia.—Pues si esto es así; si tan distinta es la conciencia en un mismo individuo, ¿cómo será posible sostener que la de *todos* los individuos, de todos los tiempos y países, de todas las condiciones, de todos los grados de cultura... es completamente idéntica y que *todos conocen de la misma manera* y *aprecian*

Digitized by Google

lo que es bueno y *lo que es malo?* (1). Basta echar una ojeada en derredor, aun prescindiendo de las enseñanzas de la historia y de las ciencias modernas, para convencerse de lo contrario. Pues, en efecto, la manera como aprecian un mismo hecho varios individuos es siempre distinta, tanto más, cuanto más diferentes sean sus condiciones de edad, sexo, temperamento, carácter, educación, cultura, intereses (2), religión, clase social, etc. Y es que, resultando el punto de vista, el criterio, la *conciencia*, en cada individuo, de la combinación *actual* de todos estos elementos, los cuales son innumerables, é innumerables también las combinaciones que entre ellos pueden darse,

---

(1) Esto podía sostenerse cuando las gentes estaban dominadas por la idea de la igualdad de la naturaleza humana y de los derechos inherentes á la misma, por los principios abstractos de la escuela del derecho natural, y cuando se desconocía ó se prescindía de la historia y de sus enseñanzas para hablar en nombre de nociones *anteriores* y *superiores* á toda manifestación histórica. Pero cumplida la misión (de gran importancia, sin duda) que tales concepciones vinieron á desempeñar, es necesario prescindir de ellas, con mucho respeto, sí, mas también con energía, para que no sigan viviendo como órganos que ya no tienen función, y volver los ojos á los estudios por aquella dirección descuidados y llamados de nuevo á la vida por la escuela histórica y por las investigaciones sociológicas, paleoetnológicas y psicológico jurídicas contemporáneas; los cuales estudios muestran bien claramente cuán equivocada es la idea de creer que las reglas y principios jurídicos son iguales en la conciencia de todos los hombres y de todos los pueblos. (V. sobre esto las obras de Montesquieu, Romagnosi, Draper, Taine, Post, Lazarus y Steinthal, Savigny, Spencer, Letourneau, Lubbock, Tylor, Ihering, Sumner Maine, etc., etc.—Acerca de la contribución de los diferentes escritores, á partir de Vico, á la constitución de la *psicología del derecho*, véase Vadalà-Papale, *Dati psicologici nella dottrina giuridico-sociale di G. B. Vico*, Roma, 1889.)

(2) Sobre todo, éstos hacen que cada hombre, aun sin darse de ello cuenta, aprecie de muy diverso modo la moralidad de los actos, según los mismos afecten á su interés (patrimonial ó de otra índole). Con razón dice un ilustre escritor contemporáneo: «Si las proposiciones de Euclides hubiesen afectado á los intereses económicos, es bien seguro que á estas horas no serían conquistas definitivas de la ciencia, sino que aún parecerían hipótesis controvertidas y de difícil solución.» (Nitti, *La popolazione e il sistema sociale*, Turin, 1894, prólogo.)

Digitized by Google

y de hecho se dan, cada sujeto tiene forzosamente distinto modo de estimar y juzgar las cosas y los hechos que los otros tienen, porque su posición en el mundo es diferente de la de los demás, es particular suya; sus necesidades, en lo tanto, ó lo que es igual, sus fines, no son idénticos á los de los otros individuos, sino distintos que los de éstos, y á veces contradictorios con los mismos: por lo cual es imposible que todos aprecien igualmente los medios, las condiciones convenientes para la satisfacción de los referidos fines ó necesidades; es imposible que todos aprecien igualmente la relación de las cosas y de los actos al fin que cada cual (diferente) busca, es decir, la relación de utilidad, de conveniencia, de adecuación de medios (cosas y actos) á fines: de moralidad y de justicia, en suma *(suum cuique)*. ¿Cuál es, sino ésta, la causa de que aquellos individuos que tienen, ó se figuran tener, *unos mismos intereses*, tengan también el mismo punto de vista, el mismo criterio, la misma *conciencia*, para juzgar de la moralidad y de la justicia *intrínsecas* de un mismo acto; como cuando se trata de las luchas entre colectividades cuyo fin es diverso, entre naciones, entre las comarcas de una misma nación, entre provincias, entre familias, entre unas y otras clases sociales, entre unas y otras sociedades para tales ó cuales fines, entre profesiones y profesiones? En todos estos casos, los individuos ligados por los mismos intereses, por los mismos fines, aprecian la justicia del acto del mismo modo, distinto de aquel como lo aprecian los que tienen otros intereses (1).

---

(1) Entre los infinitos ejemplos que podrían citarse, y que el lector puede ir recorriendo en su imaginación, recuérdese lo que en nuestro país acontece cuando se trata de introducir alguna reforma ó modificación en el presupuesto del Estado, reduciendo, verbigracia, las asignaciones y sueldos de ciertas clases, creando nuevos tributos que hayan de gravar sobre determinadas otras, alterando la división y demarcaciones territoriales militares, suprimiendo Audiencias ó Juzgados, introduciendo, en fin, variaciones en cualquiera de los ramos de la Administración. En estos casos, la generalidad de los ciudadanos, á quienes no les afecta, ó creen ellos que no les afecta, en

Digitized by Google

113. 2.ª—Si el razonamiento que los autores hacen para justificar la presunción que nos viene ocupando fuera exacto, los Códigos penales holgarían: porque, llevando cada cual grabado en su conciencia el criterio infalible, igual en todos los hombres, para discernir lo bueno y lo malo, lo lícito y lo censurable, lo meritorio y lo punible, llevaba también el Código penal, el catálogo de los hechos por los que se debe imponer castigo. Es más: no sólo holgaría la existencia de los Códigos penales, sino que esta existencia habría de representar un verdadero peligro para la libertad del ciudadano, en cuanto quedaba á merced del legislador el incluir en aquéllos ciertos hechos que fueran inocentes ó indiferentes *in se*, y el castigar, tanto éstos como los verdaderamente punibles, con más pena que la merecida. No existiendo Códigos penales, tienen los ciudadanos la seguridad de que no se les castigará nunca por otros hechos que por los que sean realmente delitos, por aquellos cuya inmoralidad é injusticia intrínseca les atestigua de un modo seguro su conciencia; por el contrario, existiendo Códigos penales, no puede ocurrir esto, porque no se sabe si el legislador, por espíritu sectario, por odio contra determinadas clases (1), por mero antojo, ó por motivos semejantes, ya que no por ignorancia (pues también él tendrá su conciencia para que le ilustre en esto infaliblemente), no haya señalado penas para hechos inocentes, ó las haya señalado mayores de las que la justicia intrínseca permita. ¿Cómo no han visto la posibili-

---

perjuicio, la alteración, consideran ésta como muy *justa*, y por serlo, la aplauden, con tanto mayor entusiasmo, cuanto mayores beneficios esperan obtener de ella; por el contrario, la minoría sobre la cual recae como un gravamen la innovación (realmente, ó sólo en apariencia, como muchas veces sucede) grita, se desespera y no encuentra palabras bastante duras para condenar la *injusticia* que la medida supone.

(1) Ya hemos visto que éste es justamente el fundamento que algunos alegan para la doctrina de la no retroactividad de las leyes penales, y para considerar que tal principio de no retroactividad es un principio constitucional.

Digitized by Google

dad de este abuso, los autores tan celosos de la libertad del ciudadano, y cómo no han procurado corregirlo teniendo á mano el medio para ello, y medio facilísimo, cual es el de la supresión de los Códigos penales? (1). Y ¿cómo no han visto que, dada la concepción de que parten, ó sea que el individuo tiene en su conciencia el criterio para distinguir en todo caso lo bueno y lo malo, lo lícito y lo prohibido, la presunción *nemo jus ignorare censetur*, mientras es perfectamente armonizable, y hasta obligada, cuando no existieran Códigos penales, es incompatible con la existencia de éstos?

114. 3.ª—En el supuesto (erróneo, como acabamos de ver) de que, aun llevando los hombres en su conciencia el guía seguro de sus actos, todavía sean necesarios los Códigos penales, éstos deberían ser inalterables, irreformables, porque no cabe reforma en aquello que ya es perfecto, en aquellas leyes que responden invariablemente á los dictados de la justicia absoluta, que penan las acciones intrínsecamente malas, inmorales, y no penan más que éstas. O, si son reformables los Códigos penales, será forzoso confesar que pueden contener, y contienen, en efecto, actos que no son delictuosos, sino lícitos ó indiferentes, pero que pena el legislador por deficiencias intelectuales suyas (que es tanto como decir que el legislador, el *intérprete* precisamente del *derecho natural*, para traducirlo en preceptos positivos, carece del criterio infalible de justicia que todos los individuos llevan en su alma; y no hay necesidad de indicar las consecuencias que de aquí pueden y deben sacarse), ó por flaqueza de voluntad, por falta de rectitud, ó por necesidades

(1) Como se advertirá, los Códigos penales, que según la concepción y el sentido que á los mismos han dado los escritores penalistas de la corriente individualista y humanitaria, eran el baluarte de la libertad del ciudadano, la *magna carta* del delincuente, contra los posibles abusos del Poder judicial, se revuelven ahora contra el propio individuo á quien se proponían proteger, y se revuelven contra él por obra cabalmente de aquellos mismos escritores, los cuales, sin necesidad, se echan en brazos del arbitrio del legislador. Véase más atrás, el cap. I, § 11, pág. 28, nota 2.

Digitized by Google

políticas, ó por exigencias del estado de atraso del pueblo que gobierna, etc., etc. Pero entonces no habrá más remedio que confesar que la presunción de que todo el mundo conoce las leyes penales, por responder éstas de un modo exacto á los principios invariables de justicia, es una presunción falsa, que, por lo mismo, debe desaparecer.

Ahora, de los dos extremos que abarca el razonamiento anterior, no hay necesidad de decir cuál de ellos es el que responde á la verdad, cuál es, en lo tanto, el más justo; pues creemos que nadie se atreverá á decir que los Códigos penales de todos los pueblos y tiempos han sido iguales. Y si no lo han sido (ni lo son), ni lo serán, ¿cómo es posible suponer que todos ellos traducen exactamente los dictados de una justicia invariable, y que por traducirlos, se puede y se debe suponer que todo el mundo los conoce?

Los tratadistas no han podido por menos de hacerse, de un modo más ó menos reflexivo, estas consideraciones, y de advertir, en vista de ellas, la imposibilidad de mantener la presunción consabida. Franck, entre otros, confiesa, por lo mismo, la injusticia de ésta, no obstante afirmar también la necesidad de mantenerla (1). «Toda ley, dice, se supone conocida: es un axioma de derecho el de que nadie puede justificarse diciendo que ignoraba la ley. Este axioma es, sin duda, *necesario*, y añadiré que es verdadero *en un sentido filosófico y absoluto* (2).

---

(1) Claro está que esto implica una burda contradicción, porque lo injusto no puede ser jamás necesario; pero la posición de este autor y la de todos aquellos que se colocan en una análoga, si no es defendible, es, sí, por lo menos, explicable, é indica el estado de vacilaciones é incertidumbres en que por fuerza tienen que hallarse los que, como él, traten de sacar á salvo ciertos principios abstractos (la pena es un mal; hay que imponerla para garantía y defensa del orden social; por lo tanto, no puede consentirse que nadie se libre de ella, alegando la ignorancia de la ley que la establece, etc.), y al propio tiempo no sean tan ciegos, que nieguen sistemáticamente ciertos datos y relaciones de hecho que echan por tierra los referidos principios.

(2) «En abstracto» significa esto.

Digitized by Google

En efecto, la ley civil, la ley positiva, tomada en general, debe ser, *en cuanto sea posible*, expresión de la *ley natural* (1). Por consecuencia, *todo* (2) cuanto la una mande ó prohiba debe ser mandado ó prohibido por la otra. De esta manera, *el conocimiento de nuestros deberes civiles se confunde con el conocimiento de nuestros deberes considerados en general, es decir*, CON LA CONCIENCIA Y CON LA RAZÓN. MAS ESTO NO IMPIDE EL QUE, DE HECHO, ESTE AXIOMA DE DERECHO SEA SOBERANAMENTE INJUSTO. *No es cierto que la ley civil sea siempre la expresión de la ley natural;* NO ES TAMPOCO CIERTO QUE LA UNA Y LA OTRA SEAN REALMENTE CONOCIDAS. ¿Cómo es posible que lo sean en un país, donde casi la mitad de sus habitantes son ajenos á toda instrucción y casi á toda educación? ¿Cómo lo han de ser para hombres que no saben leer ni escribir (3), que no tienen la menor idea de sus facultades, ni de sus deberes, de sus deberes de hombres, ni de sus deberes de ciudadanos? La ignorancia llevada á este grado es un motivo de excusa y de absolución, porque tiene sus raíces, no en la voluntad del individuo, sino en la incuria de la sociedad» (4).

115. 4.ª—Siendo imposible, pues, apoyarse, para sostener la ficción *nemo jus ignorare censetur*, en la otra ficción de que

---

(1) ¿Y dónde está esa ley natural? ¿Y por qué ha de amoldarse á ella sólo «en cuanto sea posible», y no *exactamente*, la ley positiva?

(2) ¿No acaba de decir que sólo se ajustará la una á la otra, *en cuanto sea posible?*

(3) ¿Y qué diremos de un país como España, donde quienes se hallan en este caso son casi las tres cuartas partes de su población? Según el censo de 1887, de 17.565.672 habitantes que hay en España (contando sólo la Península), no hay más que 5.004.470 que sepan leer y escribir (*Censo de población de España en 1887*, edición oficial de 1891, págs. 730 y 731). De estos *cinco* millones que en el censo consta que saben leer y escribir, es bien seguro que los *tres* apenas sabrán poner su nombre y leer letra de imprenta; y de los *dos* restantes, el 75 por 100 no tendrá ocasión, ni medios, ni acaso tampoco deseos, de conocer y entender los preceptos legales.

(4) Ad. Franck, *Philosophie du droit pénal*, 3.ª edición, París, 1888, pág. 141.

Digitized by Google

las leyes penales positivas son siempre conocidas de los individuos, por traducir todas ellas, de un modo exacto, los principios del derecho natural, de la ley natural; y siendo imposible esto, porque con ello se contradice, de una manera muy abierta, á la realidad, que enseña ser muchísimas las disposiciones en donde se castigan hechos perfectamente indiferentes, inocentes en sí, lícitos, y hasta meritorios—para nuestras ideas actuales,—han tenido los penalistas que rehuir la dificultad que se les presentaba, ó, como lo hacen la generalidad de ellos, la han sorteado, diciendo, no ya que *todas* las leyes penales prohiben y castigan actos inmorales por sí mismos, sino que hay *algunas* que implican esta inmoralidad intrínseca, que se derivan del derecho natural, que comprenden los delitos llamados de *derecho natural*, y *otras* que comprenden hechos indiferentes, inocentes, penados tan sólo por arbitrio del legislador, ó por exigencias meramente políticas, de circunstancias, constituyendo lo que llaman *delicta juris civilis* (1). Ahora, parece que esta distinción habría de hacerse con el propósito de llegar á la siguiente consecuencia, que era obligada: si por lo que toca á la primera clase de leyes, á las que penan los delitos de derecho natural, puede admitirse la presunción de que todo el mundo las conoce, y por tanto, no se puede alegar como excusa de su incumplimiento la ignorancia de las mismas (2), por lo que respecta á la segunda clase, á las leyes que dependen de las circunstancias, del arbitrio del legislador, no puede con justicia presu-

(1) De esta distinción, absolutamente insostenible, á nuestro juicio, sobre la cual quedan hechas ya (§ 111 y 112) algunas indicaciones, habremos de tratar más por extenso en uno de los siguientes capítulos, al ocuparnos de las *relaciones entre derecho penal y policía correccional.*

(2) De existir Códigos penales, estas leyes no necesitarían hallarse incluídas en los mismos. (V. más atrás, § 113, pág. 422) Pero ¿quién es capaz de establecer la línea de demarcación entre los hechos intrínsecamente malos, por hallarse prohibidos por la moral, y los que, á pesar de hallarse prohibidos, no son malos?

Digitized by Google

mirse que son conocidas, y su ignorancia debiera servir al agente de excusa, en cuanto á la imputabilidad y á la responsabilidad moral. Sin embargo, los escritores no suelen entenderlo así (1), y extienden la ficción consabida á *toda clase de le-*

(1) Algunos hay, sin embargo, que forman excepción: tal ocurre con Le Sellyer, el cual afirma en tesis general que la ignorancia de la ley, lo mismo que la buena intención y la buena fe, excusan de imputabilidad penal; pero añade que es *difícil* (no dice imposible) que estos motivos de excusa puedan alegarse «cuando el acto realizado sea contrario á la ley natural y á las buenas costumbres. En efecto, la ley natural y las disposiciones necesarias para las buenas costumbres no pueden ser violadas, sin que la conciencia reclame, y por tanto, es imposible suponer que su violación, por parte de un hombre razonable *(a)*, se halle exento de culpabilidad». (Le Sellyer, ob. cit., t. I, página 230.) El antiguo reputado criminalista francés, Jousse, enseña también que la ignorancia y la buena fe no pueden librar de la pena «en las cosas notoriamente prohibidas por el *derecho natural*, ó por el *derecho de gentes*.» (Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. II, págs. 612 y 613, citado por Le Sellyer, ob. cit., t. I, pág. 231.) Lo propio han repetido muchos otros, á partir de Ulpiano. (V. Pessina, ob. cit., pág. 128.)

(a) ¿Quiénes serán los hombres «razonables»? ¿Y quién se podrá erigir en definidor de la racionalidad ó irracionalidad de los demás? Desde su punto de vista, ¿no serán *más «razonables»* que los demás, aquellos que son tenidos por «no razonables»? Aquí, como en todo, no hay que olvidar que los criterios con que pueden ser juzgados los actos y las cosas son *muy varios*, que lo que es «razonable», mirado á través de un prisma, no lo es mirado á través de otro (según los fines y propósitos que cada cual persigue), y que lo que sucede es que juzgamos como lo *único «razonable»* aquello que nosotros vemos *á través de nuestro prisma*. La racionalidad completa, total, absoluta, que podría decirse, de un ser ó de un acto, resultaría cuando el hombre pusiera en relación ese ser ó ese acto con todos los seres y fuerzas del Universo, ó lo que es igual, cuando el hombre se colocase en un punto de vista desde el cual sorprendiera todo el inmenso cúmulo de energías que en el mundo obran, los cruces y combinaciones de las mismas y lo que fuera *conveniente para todas ellas;* esto es, cuando el hombre fuera omnisciente, y por consecuencia, omnipotente, omniprovidente y perfecto. El progreso humano consiste cabalmente en esto: en ir enlazando cada vez más unas á otras fuerzas, en ver el encadenamiento y la solidaridad que existe entre las que antes eran consideradas como antitéticas, en aunar energías, en vez de ponerlas en lucha, en conquistar cada día un nuevo escalón para elevarse á la cumbre de la racionalidad; pero el ganar ésta es imposible (una vez ganada, el hombre dejaría de ser hombre y nada justificaba su existencia), imposible, por lo mismo que lo es que el hombre conozca qué es lo absolutamente «razonable», sino sólo puede conocer lo «razonable» relativo, lo que, *desde el punto de mira que él ocupe*, le parece lo más conveniente y adecuado para los fines que persigue.

Digitized by Google

yes, por el temor de poner en peligro de otra suerte el orden social. «Fundándose la penalidad—dice el Sr. Vicente y Caravantes—en la *inmoralidad* de las acciones, *nadie puede excusarse alegando su ignorancia*, porque su existencia se conoce por la voz de la *conciencia*, ya que no sea por la disposición soberana que las promulga. Así, pues, respecto de las leyes positivas que se derivan inmediatamente del *derecho natural*, ó que son una *deducción* ó una *aplicación* del mismo á un caso dado (1), no se ha admitido nunca la excusa de su ignorancia, porque se supone conocido el *fondo* de sus disposiciones por la voz interior de la conciencia y por la recta razón. Acerca de las leyes positivas *que no tienen por base ningún principio del derecho natural* (2), sino que se fundan en las circunstancias especiales

(1) Bien claramente se ve aquí la concepción dualista de que se ha hablado (§ 52, pág. 161 y sigs.), según la cual el orden del derecho es *exterior* y *superior* á la vida, á la realidad, y ésta, para ser justa, debe *acomodarse* á las leyes *deducidas* de aquél.

(2) ¿Cuáles serán éstas y quién habrá de determinarlas? ¿Y será posible hablar de leyes *justas* que *no tienen por base ningún principio del derecho natural?* ¿Cuál será entonces la *base* de estas leyes? ¿No tendrán ninguna? ¿Obedecerán tan sólo al capricho del legislador? ¿Merecerán en tal caso el nombre de leyes? ¿Serán cumplidas? Y si tienen alguna base, ¿puede ser ésta acaso otra que un principio del derecho natural? Son las circunstancias, las necesidades del momento, se dirá, lo que da el ser á estas leyes, y tan luego como tales circunstancias y necesidades cesan, cesan también ó deben cesar dichas leyes. Pero, ¿por ventura los principios del derecho natural son otra cosa que las circunstancias y las necesidades del momento? ¿De qué emana el fundamento de las leyes, la *ratio legis*, que se dice, sino de la posición de las cosas, de los individuos, de los factores reales (naturales, individuales y sociales) en cada momento? ¿Ni qué otra cosa es el derecho natural sino esta posición, y los principios del mismo, la exigencia interna, orgánica, quintaesenciada, de las circunstancias que *hic et nunc* constituyen el orden jurídico, ó sea el orden natural de las cosas y de las personas? Y las leyes que se derivan de la posición dicha, que en ella encuentran su raíz y su base, su *ratio*, ¿no habrán de cesar, cuando cesen las circunstancias que las originan, ó lo que es lo mismo, cuando ya no tengan fundamento, *ratio*, cuando no exista ya hecho real alguno, esto es, principio de derecho natural que las justifique?

Digitized by Google

que aconsejan su promulgación, y que, en su consecuencia, *es necesario saber que existen estas circunstancias para poder conocer aquellas disposiciones, como que* SE SUPONE (¿nueva ficción?) *que se supieron por la promulgación soberana,* NO SE HA ADMITIDO LA EXCUSA DE SU IGNORANCIA *á quien se hallaba bajo el imperio de la ley y en lugar donde podía saber su promulgación»* (1).

Lo que, traducido á otro lenguaje, quiere decir lo siguiente: La presunción de que todo el mundo conoce las leyes es siempre una ficción, pero lo es mucho más cuando se trata de aquellas leyes que no se fundan en el derecho natural, sino en las circunstancias; no obstante, sobre esta ficción levantamos el edificio del derecho penal, dando por supuesto que todos los individuos conocen todas las leyes, incluso las de la segunda especie, y estando, por lo mismo, seguros, nosotros los defensores de los derechos y prerrogativas del ciudadano, de que vamos á imponer á éste en muchos casos una pena á que no se ha hecho acreedor, por no tener conocimiento de la ley que ha violado con su acción ó con su omisión.

116. 5.ª—Si, como se dice, la penalidad se funda en la inmoralidad de las acciones, y esta inmoralidad la conoce todo individuo por la voz interior de la conciencia y por la recta razón, criterios que son iguales en todos, debieran los tratadistas defensores del *nemo jus ignorare censetur* pedir la supresión en los Códigos penales de la mayor parte de las llamadas circunstancias eximentes, sobre todo de las que se denominan causas de inimputabilidad. Porque ¿no lleva el niño en su conciencia, desde el momento de venir al mundo, una «voz que le advierte», un «faro que le guía», una «antorcha que le ilumina» acerca de lo bueno y lo malo en sí, enseñándole lo que

(1) Vicente y Caravantes, ob. cit., pág. 5. ¿Cuáles serán los lugares donde puede saberse, y cuáles otros donde no puede saberse, la promulgación de las leyes? Porque esto es muy vago y elástico. ¿Podrá hacerse la determinación de los mismos en la ley? Y si no es posible esto, ¿habremos de dejarlo al arbitrio del juez, echándonos así en brazos de un enemigo tan *temible y peligroso?*

Digitized by Google

debe hacer y aquello de que debe abstenerse? ¿Por qué entonces declararlo inimputable, ó menos imputable que el hombre adulto? Y si se puede admitir su no imputabilidad con respecto á la transgresión de aquellas leyes que no se fundan en los principios del derecho natural, ¿podrá decirse lo mismo en lo que toca á la transgresión de aquellas otras que derivan inmediatamente de tales principios? ¿No estarían acertados aquellos penalistas antiguos que afirmaban la imputabilidad y pedían la responsabilidad penal de los niños, en los casos de delitos *atroces* cometidos por éstos? ¿Y no andarán acertados también los códigos que no admiten período alguno de irresponsabilidad absoluta penal por motivos de edad? La cuestión del discernimiento, á que se refieren la mayor parte de los Códigos penales vigentes en la actualidad, ¿no es una cuestión ociosa, por lo que se refiere á los delitos de derecho natural que los niños cometan? Y si la exclusión de la imputabilidad moral, y penal por consiguiente, del niño es acertada, porque el niño no discierne lo bueno de lo malo, ¿cómo podrá seguirse sosteniendo que la idea de la justicia ó injusticia y de la moralidad ó inmoralidad de las acciones es una idea innata, que lleva cada uno grabada en su alma, y que no es un producto del desarrollo, de las circunstancias, de la educación, del roce continuo con nuestros semejantes y con todos los demás seres de la naturaleza? ¿A qué obedece el hecho de que el adulto sepa lo que es bueno y malo (es decir, lo que en el ambiente social dentro del que él vive se considera como bueno y como malo) y el niño lo ignore, sino á que el segundo carece del tesoro de experiencias que en su más larga vida ha podido reunir el primero, por haber recibido en su alma mucho mayor número de impresiones y haber logrado *formar* una conciencia moral que consuena con el medio, conciencia de que *aún* carece el niño (en el grado de desarrollo, se entiende, que el adulto)?

Lo mismo, exactamente lo mismo que de éste (1), cabe de-

(1) Aunque no por idénticos, sino por análogos motivos, es decir, no por

Digitized by Google

cir y debe decirse del imbécil, del idiota, del simple, del sordomudo, del sordo, del ciego, etc., etc. Lo mismo también (1) de las mujeres, de los rústicos, de ciertos enfermos, de los débiles y necesitados, de todos aquellos, en fin, que no viven tan *enmedio del mundo* como la generalidad de los hombres, y que carecen de los elementos de que se aprovecha esta generalidad para educarse y formarse el criterio de lo bueno y de lo malo, de lo verdaderamente útil para todos y de lo perjudicial.

Todos estos individuos, y cuantos se encuentren en igual caso que ellos, esto es, en una situación excepcional con respecto á la que ocupa el promedio de los hombres, en una sociedad determinada, deben ser tratados, en las teorías corrientes, según lo requiera su estado excepcional, es decir, excepcionalmente, porque su imputabilidad moral no es la imputabilidad moral común. Pero si deben ser tratados excepcionalmente, por no tener igual imputabilidad moral que los otros, claro es que la base de su imputabilidad no será exactamente igual á la de éstos, y por consecuencia, la idea de que la voz de la conciencia, el criterio para distinguir lo bueno de lo malo, es igual en todos, será una quimera, y la presunción *nemo jus ignorare censetur; ignorantia juris non excusat,* un absurdo.

117. 6.ª—Si el razonamiento que se hace para fundamentar la presunción contenida en los aforismos que acabamos de citar fuese acertado y sostenible, debería valer para echar por tierra la teoría que establecen los mismos escritores que ahora lo aducen acerca de la no retroactividad de la ley nueva más severa. Porque, si no vale alegar, para librarse de la pena, que

---

desarrollo incipiente, sino por suspensión de desarrollo, ó por desarrollo anormal, ó por carencia de alguno ó algunos sentidos que pongan al sujeto en relación con el mundo exterior (y aun consigo mismo), y que le sirvan de medios, de vehículos, para conducir *adentro* las impresiones *de fuera*, ó ir así acumulando los datos que sirven de *materiales* para formar la *conciencia*.

(1) Por razones que fácilmente se comprenden, sobre todo por defectos de educación.

Digitized by Google

no se ha tenido conocimiento de la ley violada, en cuanto ésta castiga hechos inmorales y malos *per se*, reprobados, en lo tanto, por la conciencia del sujeto, tampoco valdrá alegar que una ley nueva, que pone un acto no penado por la legislación anterior, no puede aplicarse al agente que lo realizara al amparo de esta última, dado caso que, aun no estando comprendido en la ley positiva, lo estaba en la ley natural, cuyo intérprete fiel tiene el individuo en su propia conciencia. Y sin embargo, los mismos autores que prohiben alegar la ignorancia del derecho, apoyándose en el razonamiento consabido, afirman la no retroactividad de la nueva ley más severa, fundándose en que, por *inmoral*, por malo y por dañoso que un acto sea, no puede castigarse al individuo que lo cometa, si el tal acto no está contenido de un modo claro y terminante en la ley penal, en la ley penal vigente en la época en que dicho acto se realizó: porque *el agente no está obligado á abstenerse de hacer, sino aquello que la ley prohibe de un modo taxativo é indudable* (1), *y no se*

(1) Los pasajes en que los penalistas hacen esta afirmación son muchísimos; pero principalmente cuando se ocupan en justificar el aforismo *nullum crimen sine lege*, que, como se ha dicho, es contradictorio con el *nemo jus ignorare censetur* y con el *ignorantia legis neminem excusat*. Haus, que suele ser uno de los más lógicos dentro de la teoría penal reinante, y uno de los que menos olvidan los principios abstractos sentados por la misma, aunque tenga que saltar por cima de enormes obstáculos que le oponga la realidad, hace la afirmación á que nos referimos en diferentes sitios de su obra, y la hace también al ocuparse precisamente de la ignorancia de la ley penal. «La sociedad, dice, *no* tiene derecho para castigar al agente que se haya encontrado en la *imposibilidad de conocer* la ley penal que viola. *Poco importa que el hecho sea inmoral en sí* (delito de inmoralidad), *ó que sea únicamente el interés público lo que aconseje la represión* (delito de convención social). Objetaráse, diciendo que el que comete un homicidio, un robo, un incendio, no necesita conocer la ley positiva para comprender que su acción es ilícita, porque su conciencia se lo advierte suficientemente. Mas debe contestarse que *lo que constituye el delito es la infracción de la ley penal, no la violación de un deber impuesto por la moral*. Por otra parte, *no son las nociones de lo justo y de lo injusto, sino las disposiciones de la ley positiva, lo que nos hace conocer el carácter delictuoso de las acciones y de las omisiones que se reprimen á causa de un interés puramente social*. Se-

Digitized by Google

puede CONOCER *lo que la ley prohibe, antes de que la misma se haya promulgado.* ¿Puede darse contradicción más palmaria? Por una parte, se declara inimputable un acto á su autor, un robo, por ejemplo, cuando no estuviera penado por la ley vigente en la época en que se cometió, pero sí en una ley publicada después, y se apoya esta no imputabilidad en el hecho del *no conocimiento* por el agente de que en una futura ley se iba á prohibir y castigar, NO OBSTANTE *que el hecho de que se trata fuera inmoral en sí mismo y estuviera, por tanto, prohibido por la ley natural, que todo individuo lleva grabada en su conciencia;* por otra parte, se declara imputable al *mismo autor* por el *mismo hecho*, cuando éste se hallara prohibido y penado por la ley vigente en el momento de cometerlo, y *aun cuando el sujeto no tuviera conocimiento de la prohibición,* FUNDÁNDOSE la imputabilidad en que *el hecho*

---

observará que, en virtud de un principio de justicia absoluta, todo delito debe recibir su castigo; que, por consiguiente, el culpable no puede quejarse si se le hace padecer la pena que ha merecido. A esto diremos que *las legislaciones no admiten delitos naturales, hechos punibles por sí mismos é independientemente de toda ley positiva.* Por fin, si la ley penal no es obligatoria, sino cuando ha sido debidamente promulgada, y sólo después de un cierto período de esta promulgación, claro está que no es con otro propósito, sino con el de que los particulares puedan conocerla y ajustar á ella sus actos. *El autor de un hecho ilícito podrá, pues, ser* MORALMENTE *culpable,* PERO LA IMPUTABILIDAD PENAL DESAPARECE, DESDE EL MOMENTO EN QUE NO HAYA PODIDO CONOCER LA LEY POSITIVA.» (Haus, ob. cit., t. I, núm. 704, págs. 588-89.) Las observaciones que Haus hace nos parecen incontrovertibles desde el punto de vista de las concepciones penales usuales, y sobre todo, desde el punto de vista adoptado, como hemos visto (capítulos I y II), por todos los escritores y Códigos, sin distinción, de que NO HAY MÁS DELITOS QUE AQUELLOS COMPRENDIDOS COMO TALES Y DE UNA MANERA EXPRESA EN LA LEY: *nullum crimen sine lege.* Por eso, á la vez que creemos muy firme (dados los criterios corrientes) y muy lógica la doctrina de Haus acerca de la ignorancia de la ley penal y de sus efectos, nos parece tan deleznable como ilógica, tan contradictoria como insostenible, la de la generalidad de los tratadistas, que se empeñan en componer probablemente sin advertir el absurdo, ó cerrando los ojos ante él, dos ideas tan antitéticas como las que encierran el aforismo últimamente citado y el axioma *ignorantia legis non excusat.*

Digitized by Google

de que se trata es inmoral y está, por lo mismo, prohibido por la ley natural, que todo individuo lleva grabada en su conciencia.

118. A todo lo dicho contra la falsa presunción del *nemo jus ignorare censetur* y del *ignorantia legis non excusat,* debemos añadir todavía otra razón, que nos parece de decisiva importancia. Es la siguiente: que con la presunción referida se falta abiertamente á la doctrina de la imputabilidad, base de todo el edificio del derecho penal reinante. En efecto, la imputabilidad penal, según veremos (1), se apoya hoy sobre la imputabilidad moral del sujeto, y esta imputabilidad moral estriba á su vez sobre la libertad, una de cuyas condiciones *esenciales* es el conocimiento, la inteligencia (2). Sin inteligencia no hay voluntud, ni, por tanto, imputabilidad.

Si esto es así, parece evidente, indiscutible, el afirmar que aquel individuo que infringe una ley cuya existencia ignoraba al realizar el acto, no comete delito. *Nihil volitum quin præcognitum.* Por consecuencia, los penalistas defensores del *ignorantia legis non excusat* como un principio de incontrovertible verdad, no sólo defienden, ya queda dicho, una ficción, sino que con ella destruyen toda la construcción penal que antes se habían afanado por levantar y que les parecía asentada sobre cimientos solidísimos.

Las pruebas que de este aserto podríamos aducir son muchas. Citaremos sólo algunas. Al ocuparse los penalistas del

---

(1) En uno de los capítulos siguientes.

(2) Es tan corriente, tan general y tan aceptada esta doctrina, que el lector la habrá visto formulada en infinidad de libros y escritos de moralistas, filósofos del derecho, escritores de derecho penal, etc., y la habrá oído de labios de infinidad de personas. Es de esas teorías que se tienen por axiomáticas, y cuya exactitud y verdad apenas se permite nadie poner en duda. Por eso no insistimos en ella en este sitio, á reserva, sin embargo, de hacer después, cuando tratemos de la imputabilidad, las oportunas observaciones acerca de la misma. Para nuestro propósito presente, basta con que quede consignado que la imputabilidad supone, según el sentir común de los autores, la voluntad libre, y que ésta requiere la inteligencia.

Digitized by Google

concepto del delito y de sus requisitos esenciales, señalan unánimemente como uno de éstos, sin el cual el delito es imposible, el elemento del *dolo* (1). Lo mismo hacen, de manera más ó menos explícita, las legislaciones (2). El delito no se concibe sin dolo. Ahora, la idea de éste es en todos, aunque con diversas palabras, la misma que ya expuso Romagnosi. «¿Qué cosa es *dolo*?, escribe este autor. *La* CONCIENCIA *de contravenir libremente á lo que la ley prohibe ó manda. Se sabe que se viola una ley*, siendo, sin embargo, libre para no violarla: he aquí en lo que consiste el dolo» (3). Carrara exige también, para lo que él llama «fuerza moral subjetiva del delito», ó lo que es igual, para el *dolo*, para la imputabilidad de la acción, las siguientes condiciones: 1.ª, CONOCIMIENTO DE LA LEY; 2.ª,

---

(1) Difícilmente se encontrará un escritor que, por caminos más ó menos directos, deje de estimar que no hay delito sin dolo. Por lo que se refiere á los de la escuela clásica, toda cita sería supérflua, porque no hay, ni puede haber ninguno, que, sin echar por tierra todo el sistema, pueda concebir el delito sin dolo, sin voluntad dolosa. Cierto es, que, por no ser lógicos en nada, ni siquiera esta afirmación mantienen luego *(a)*, y ahí están para demostrarlo los delitos que se llaman *culposos*, en los cuales *no existe dolo;* pero la exigencia doctrinal, el principio teórico y abstracto: *el dolo es un elemento esencial del delito,* lo sientan todos ellos, bien al definir éste, bien al hablar de los requisitos que lo integran, bien al tratar de la imputabilidad, bien en otro sitio. Y por lo que toca á los autores de la escuela que se dice positiva, baste saber que, para ellos (Ferri, *Sociologia criminale* y en muchos otros escritos; Florian, *Teoria psicologica della diffamazione* y en varios otros trabajos; Zerboglio, Puglia etc., etc.), lo que cualifica el delito es la *índole de los motivos* que el sujeto haya tenido para realizarlo, es decir, lo que otros llaman *intención* (buena ó mala), *malicia* (dolo), etc. Véase los tratados y escritos de derecho penal pertenecientes á ambas direcciones, así como á los variadísimos matices intermedios que entre ellas existen.

(2) Vide Pessina, ob. cit., trad. esp., págs. 203 y sigs., y los códigos penales antiguos y modernos.

(3) *Genesi del diritto penale*, vol. II de las *Opere del professore G. D. Romagnosi*, Florencia, 1844, § 1834, pág. 418.

(a) Ya nos ocuparemos de esto más adelante.

Digitized by Google

previsión de los efectos; 3.ª, libertad de elección; 4.ª, voluntad de obrar (1). Y lo mismo, poco más ó menos, dicen todos (2). Pero, si no hay delito sin dolo, y el dolo requiere, como requisito *sine qua non*, el conocimiento de la ley, la consecuencia obligada es que, sin este previo conocimiento, no puede haber delito (3), ni puede, por tanto, imputarse como delictuoso á un sujeto, un acto que, *sin él saberlo*, constituye una infracción de la ley. Los aforismos *nemini licet ignorare jus*, *ignorantia legis non excusat*, son, pues, contrarios á la doctrina en que apoyan la imputabilidad los penalistas que consideran aquéllos como presunciones *juris et de jure*.

A nuestro entender, no hay escape de este dilema: ó se niega la base de la imputabilidad, base generalmente recibida como inconmovible, ó se abandona la presunción *ignorantia juris non excusat*: armonizar ambas cosas es imposible. De aquí que algunos escritores, viendo esta imposibilidad, hayan optado por uno de los dos anteriores extremos; y, ora han desechado, implícita ó explícitamente, la presunción, ora han prescindido del conocimiento, como requisito indispensable para la imputabilidad. Entre los primeros merece citarse, por su gran autoridad, Pastoret, el cual escribe: «Repitamos el siguiente axioma: *no hay delito sin intención, ó sin la voluntad de cometerlo*;

---

(1) Ob. cit., I, § 59, pág. 109.

(2) Vide un sucinto resumen de la manera que diferentes escritores tienen de concebir el dolo en Florian, *La teoria psicologica della diffamazione*, Turín, 1893, pág. 2-3. V. también Setti, ob. cit., págs. 47 y sigs., y Alimena, *I limiti e i modificatori dell' imputabilità*, I, Turín, 1894.

(3) Nuestro Silvela, al dar la noción del delito, dice que éste es «la violación ó quebrantamiento del derecho por actos de la libre voluntad», añadiendo inmediatamente de lo anterior, y como explicación de lo que entiende por «libre voluntad», lo siguiente: «Ó CON CONCIENCIA, NO SÓLO DEL ACTO, SINO ADEMÁS DE QUE ES OPUESTO AL DERECHO». Y al exponer seguidamente las *notas esenciales á todos los delitos*, escribe: «NO HABRÁ DELITO *si no existe:... en el sujeto infractor* CONCIENCIA DE QUE ES EL DERECHO LO QUE SE INFRINGE» (*El derecho penal estudiado en principios*, etc. Madrid, 1874, t. I, páginas 113-114).

Digitized by Google

AQUEL QUE CONTRAVIENE Á UNA LEY QUE IGNORA NO PUEDE SER CULPABLE» (1). Le Sellyer dice también: «Nos parece indudable que la buena intención, la *ignorancia* y la buena fé (tres circunstancias que, según el autor, producen los mismos efectos, desde el punto de vista de la culpabilidad) *deban librar* á aquel en quien han concurrido *de la aplicación de toda ley penal*, á lo menos en materia de *crímenes y delitos. Ea enim peccata nos condemnant*, ha dicho, en cuanto á la conciencia de la ley divina, San Juan Crisóstomo, *quæ scientes et voluntariae facimus* (cap. 19, Genes., homil, 44, núm. 4)» (2). Y un escritor español, D. Antonio Corzo, comentarista del Código penal de 1850, se pronuncia igualmente por esta opinión, diciendo, al anotar el art. 1.º del referido Código: «No se habla aquí de la voluntad en un sentido tan general, *que repugne á la idea moral* y *filosófica del delito.* NO BASTA QUERER EL HECHO EN SÍ MISMO, ES PRECISO QUERERLO Á SABIENDAS DE QUE LA LEY LO PROHIBE Y Á PESAR DE ESTA PROHIBICIÓN» (3). También pueden ser incluídos entre los partidarios de esta solución todos aquellos que admiten como excusa de la imputabilidad la prueba de la ignorancia de la ley, y de los que muy pronto hablaremos. Excusado nos parece decir, que el modo de ver de estos escritores lo creemos más aceptable que el de los contrarios, y mucho más lógico que este último, desde el punto de vista de las ideas reinantes.

Entre los partidarios del segundo de los extremos anteriormente referidos, no tenemos conocimiento de que se cuente nadie más que el Sr. D. Alejandro Groizard (4), quien sos-

---

(1) Pastoret, *Traité des lois penales*, t. II, pág. 138, art. 3.º

(2) Le Sellyer, ob. cit., I, pág. 224. La misma solución da también el autor (ob. cit., I, pág. 261) á la cuestión de la *ignorancia* y la buena intención en materia de *faltas* ó contravenciones.

(3) Corzo, *Código penal reformado*, citado por Vicente y Caravantes, ob. cit., págs. 7 8, y por Groizard, ob. cit., t. I, pág. 35.

(4) De una manera franca, se entiende, pues implícitamente vienen á decir lo mismo aquellos que no admiten prueba contra la presunción *ignorantia legis neminem excusat.*

Digitized by Google

tiene la rara y peregrina opinión de que no es necesario el conocimiento para que haya voluntad, y delito, por tanto; y que lo que constituye á éste en tal, no es la voluntad bien determinada del agente, el elemento subjetivo que diríamos, el dolo, la intención, sino el hecho mismo, la realidad objetiva de éste (1). He aquí las palabras textuales del señor Groizard: Se hace cargo de la afirmación antes citada del señor Corzo, y la critica diciendo: «Que no hay voluntad en el sentido de la ley, ó lo que es lo mismo, que no delinque el que ejecuta un hecho punible, *si no lo hace á sabiendas de que está prohibido* y *penado en la misma ley*, nos parece demasiado. Hasta ese extremo no nos es dado llevar la fuerza eximente de la ignorancia del derecho, *sin dejar expuesto á perturbaciones irreparables el orden jurídico* (2). La declaración de la existencia ó no existencia de un delito no puede dejarse depender del grado de ilustración de la persona que lo cometa (3): la *inmoralidad in-*

(1) Con lo cual se falta, claro está, abiertamente á la doctrina recibida por la casi totalidad de los tratadistas y de las gentes, según la cual, la intención es un elemento *esencial* del delito, doctrina que resumen perfectamente las siguientes palabras de M. Barris: «*Todo delito* se compone de dos elementos: de un *hecho*, que constituye su *materialidad*, y de la *intención*, que ha conducido á este hecho, y que *determina su moralidad*. *Un hecho involuntario no puede ser criminal:* un hecho que se ha ejecutado con intención legítima, un hecho que se haya ejecutado sin intención de dañar, no puede dar lugar á penas. En una palabra, *no hay delito, sino allí donde concurren un hecho criminal* y UNA INTENCIÓN CULPABLE» (citado por Le Sellyer, ob. cit., t. I, pág. 223.)

(2) Es decir, no por razón alguna verdadera, por exigencia justificada, sino por temor de un *posible* mal futuro. ¡Y por huir de esta *posibilidad*, se pide castigo para quien se tiene *seguridad* de que no lo ha de merecer, por ejecutar un hecho que ignoraba fuese delictuoso, que ejecutó *sin voluntad* de delinquir!

(3) Aparte de que este aserto es inadmisible, á nuestro juicio, porque el *grado de ilustración* de la persona es un factor, y por cierto de los más importantes, del *mundo moral* del individuo, de su personalidad, de su voluntad, de su *imputabilidad moral*; aparte de esto, ahora no se trata del *grado de ilustración* del agente del delito, sino de su *conocimiento* ó *desconocimiento* de la ley que viola; cosas que, en verdad, no pueden equipararse ni confundirse para los efectos penales.

Digitized by Google

trínseca del hecho (1), *las circunstancias de su perpetración* (2), *la índole del perjuicio inferido, es lo que determina la realidad del delito* (3). La noción de justicia, instintiva (?), permanente en el alma humana (?), la necesaria promulgación de la ley, los medios expeditos que todos tienen de poder enterarse de sus preceptos, para arreglar por ellos su conducta, son bastant e garantías (?) para que la sociedad descanse en el convencimiento de que el que viola sus leyes penales lo hace con voluntad é inteligencia. ¿Qué medios podrían poner en acción los Tribunales de justicia para resolver con acierto un punto que por su

---

(1) Y ¿cuáles son los hechos intrínsecamente inmorales? V. más atrás, §§ 112 y 115.

(2) ¿No se dice que las circunstancias, por lo mismo que no son elementos constitutivos del hecho, sino algo accidental al mismo, algo que lo circunda *(circum stare)*, no pueden *cualificar* la moralidad ó inmoralidad del mismo, sino sólo matizarla, *modificarla* en más ó en menos? Y ahora no se trata de si el que ignora la ley es *más* ó *menos* imputable, sino de *si es* ó *no es* imputable.

(3) ¿Con que el delito no resulta ya, como las gentes hay venido creyendo, y aun creen, del elemento subjetivo, de lo interior del que lo realiza, de la cualidad de su intención, de su desorden moral, etc., sino del hecho en sí mismo, de su objetividad exterior, del evento, que se dice? ¿Con que, según esto, dos hechos cuya realidad objetiva sea igual, pero cuyos agentes sean, el uno libre, conscio, dueño de sí, el otro esclavo de su perturbación mental, de su falta de desarrollo orgánico, ó de su ignorancia etc., serán *igualmente* hechos lícitos ó delictuosos, según la inmoralidad intrínseca del hecho, las circunstancias de su perpetración, etc.? Con bastante mejor sentido y más acierto, escribe sobre este particular D. A. Calderón (loc. cit.): «*Un mismo delito, perpetrado por dos hombres en circunstancias exteriores de todo punto idénticas, puede acusar, no obstante, en cada uno de ellos, un grado* COMPLETAMENTE DIVERSO *de criminalidad.* Así como el delito está todo él en la *intención*, las circunstancias jurídicamente estimables que lo acompañan *están todas en la conciencia, y penden, como de una condición común, del desarrollo de la misma.* Exigir idéntica responsabilidad por sus actos al hombre á quien circunstancias ajenas á su voluntad han impedido adquirir ninguna especie de cultura moral, que á aquél que ha recibido una esmerada educación de este género, es un absurdo casi tan patente como lo sería el censurar en el rústico labriego que no hubiera escrito el *Fedón*, ó la *Crítica de la razón pura*».

Digitized by Google

índole afecta exclusivamente (?) á la conciencia individual? ¿Cuándo dirían que el autor de un hecho lo quiso á sabiendas de que la ley lo prohibía? ¿Cuándo que lo ejecutó sin tener la certidumbre de que estaba vedado? *¿Ni cómo había de tolerarse que de* DOS HECHOS IDÉNTICOS, *el uno fuera delito* y *el otro no*, PORQUE EL AUTOR DEL UNO SABÍA LO QUE EL DEL OTRO IGNORABA?» (1). Es difícil que pueda llevarse más lejos la incongruencia y la contradicción con los propios principios teóricamente afirmados, y que por empeñarse en sacarlos á flote á toda costa, se pueda uno apartar tanto de la verdad.

119. Para justificar la imputabilidad de los actos ejecutados con ignorancia de la ley que se viola, suelen algunos acudir á este razonamiento: que estando la ley promulgada y habiendo podido, por consiguiente, conocerla el sujeto, su ignorancia de la misma pertenece á la clase de la que se llama vencible, la cual, según enseñan á una los moralistas y los escritores de materias penales, es una ignorancia imputable.

Mas á esto debemos hacer algunas observaciones. Primeramente, es difícil determinar qué ignorancia es vencible y cuál otra no, porque los medios de ilustración que haya podido tener un individuo no son los mismos que haya podido tener otro (v. gr. un habitante del campo con relación á otro de la ciudad, un rico con respecto á un pobre, un hombre con respecto á una mujer, etc., etc.); ni aquéllos de que un individuo dispone en un momento, en un lugar, en determinadas circunstancias, son idénticos á los de que dispone cuando el lugar, el momento y las circunstancias cambian. Por consiguiente, es injusto suponer que la ignorancia de derecho de *todas* las personas ha sido siempre vencible, y por lo tanto, imputable, como aquí se supone (2).

---

(1) Groizard, ob. cit., t. I, págs. 85 86. V. la nota anterior.

(2) La determinación de si la ignorancia había sido vencible ó invencible debería encomendarse (si esta determinación fuese necesaria, que no lo es) en un sistema de administración de justicia penal en que la pena sea con-

Digitized by Google

En segundo lugar, el declarar imputable al agente de un hecho con ignorancia legal vencible, por el motivo referido, es afirmar una imputabilidad absurda, porque es *trasladar* la imputabilidad de un hecho *á otro hecho distinto*. Pues, enhorabuena que al sujeto se le impute *su ignorancia*, por lo mismo que, habiendo podido deshacerla, es ignorante *por su voluntad*; pero, ¿por ventura esto autoriza para decir que le son también imputables los hechos *involuntarios*, *no intencionales*, que haya realizado y que tengan relación más ó menos remota con dicha ignorancia? El hecho *anterior* habrá sido producto de la voluntad; el hecho *posterior*, *actual*, no lo es. Y si no es un hecho voluntario, no puede ser imputable, en la teoría que coloca como fundamento de la imputabilidad, la voluntad (1).

Y en tercer lugar, aun dando por supuesto que al agente de un delito por ignorancia vencible se le deba imputar este delito, como consecuencia de su imprevisión, de su descuido, claro es que aquí no puede tratarse de una imputabilidad dolosa, verdaderamente voluntaria, consciente, sino de una imputabilidad culposa, hija del descuido, de la negligencia, de la imprudencia. Esta imputabilidad es la que los autores piden para el autor de un delito en que haya concurrido ignorancia

---

siderada como un medio puramente *preventivo)* en cada caso al prudente arbitrio del juez. Mas esto, ya se sabe, es peligroso; y á fin de evitar este peligro y de librarse del *posible* abuso que los tribunales hicieren de la facultad que se les otorgase, se ha sentado *a priori* una máxima que se sabe *positivamente* ser falsa, á saber: que la ignorancia de derecho de los individuos es siempre vencible.

(1) Trátase aquí de un caso particular de la imputabilidad de determinados hechos involuntarios, es decir, de la imputabilidad de los hechos que llaman *culposos;* imputabilidad que afirman los partidarios de las doctrinas corrientes, á pesar de ser incompatible con los principios en que las mismas pretenden apoyarse. Como más adelante hemos de tratar con detenimiento de la teoría á que ahora se alude (si son imputables los hechos procedentes de culpa, y por qué), remitimos al lector á lo que en aquel lugar hemos de decir, como desarrollo y complemento de lo que al presente sólo hemos podido indicar de un modo muy rápido.

Digitized by Google

de hecho vencible (1), y ésta es también la que debería pedirse en caso de ignorancia vencible de derecho, no sólo porque la ignorancia del derecho es, como queda dicho, una especie de la ignorancia de hecho, sino porque el que realiza un acto sin saber que estaba prohibido por la ley, pero pudiendo haberlo sabido, no es culpable con dolo, es culpable con culpa; no ha realizado el acto *á sabiendas*, lo ha realizado por efecto de su *imprudencia* ó de su descuido. Sin embargo, los autores y los Códigos (2) no suelen hacer esto, contentándose con sentar la máxima *ignorantia legis non excusat*, y castigando como culpables de dolo, lo mismo á los que hayan conocido los preceptos de la ley y sabido lo que han hecho (intención, malicia), que á los que los ignorasen y sólo hayan obrado por imprudencia ó descuido.

120. ¿Deberá admitirse la prueba de la ignorancia de la ley que se ha infringido? Nosotros contestaríamos sin vacilar que sí: primeramente, porque no damos valor absoluto á ninguna de las afirmaciones dogmáticas contenidas en los viejos aforismos jurídicos, ni, por tanto, al *ignorantia legis non excusat*; después, porque la presunción que éste encierra, caso de que pudiera y fuera necesario establecerla, no puede tener otro carácter, igual que toda presunción, que el de una hipótesis, valedera hasta tanto que la realidad no pruebe que es falsa, y últimamente, porque, necesitándose para la imputabilidad pênal, según las ideas corrientes, la existencia, como condición previa, de la inteligencia, cuando se demuestre que ésta no ha intervenido, hay que excluir forzosamente la imputabilidad. Teniendo presentes, acaso, estas razones, á lo menos algunas de ellas, ciertos penalistas de la misma dirección clásica no han

(1) Vide Carrara, ob. cit., I, § 263; Haus, ob. cit., t. I, pág. 587, y otros.

(2) Conforme á lo dicho, el agente de un acto con ignorancia de la ley (que se supone vencible) debería ser castigado en España, caso de deber serlo de algún modo, con arreglo á los artículos 581 ó 605, núm. 3.°, del Código de 1870, no con arreglo á las disposiciones generales que el mismo establece para los autores de delitos voluntarios (art. 1.°).

Digitized by Google

tenido inconveniente en afirmar de un modo resuelto que puede y debe admitirse la prueba en contrario de indicada presunción. «El error y la ignorancia del derecho—escribe Carmignani (1)—se reputan *casi* siempre vencibles. Pero, apoyándose esta regla sobre el principio político, en virtud del cual las leyes sociales que hayan sido publicadas se presumen conocidas de todos, se sigue que *tal regla debe abandonarse, siempre que una causa justa y suficientemente probable convenciese de que el ánimo del agente estaba perturbado por error ó ignorancia*, como en el caso en que una ley social no deducida del Derecho natural, ó no conocida universalmente, fuese violada por personas incultas, por mujeres, por menores, por un extranjero, ó por un transeunte que haga poco tiempo que vive entre nosotros.» Y Ambrosoli añade, en una nota, á las anteriores palabras de Carmignani, las siguientes: «Por tanto, hay que admitir la *prueba* de la ignorancia, pues la ley que la negara sería una ley injusta.» Haus escribe también: «*En materia penal, no hay presunción irrefragable de culpabilidad*, pues sería una injusticia el denegar al procesado, *aun en el caso de que fuese moralmente culpable* (2), *el derecho de probar que no lo es, á los ojos de la justicia social*. Por otra parte, no es menos evidente que el procesado no puede mostrar la ignorancia que pretende haberle determinado á contravenir á la ley, sino *probando que le ha sido imposible tener conocimiento de esta ley*. Si consigue aducir esta prueba, destruye la presunción legal, y *su ignorancia le justifica ante la justicia humana*» (3).

---

(1) Ob. cit., pág. 79.

(2) Este autor, pues, no cree válido el argumento que se emplea para defender la presunción *nemo jus ignorare censetur*, ó sea, que las acciones moralmente malas se conocen por la «voz de la conciencia» y por la «recta razón» sin necesidad de que se sepa que están prohibidas por el texto de una ley positiva.—Desde el punto de vista de la concepción de la función penal como represiva (la pena, mal, reacción) y del sistema individualista, la posición de Haus parece la más aceptable.

(3) Haus, ob. cit., t. I, págs. 539-40.—También se pronuncia en favor del

Digitized by Google

Bien al contrario, otros, en vista de los males, abusos y peligros que pudiera traer el sistema de la prueba, lo han rechazado de plano, dando á la presunción el carácter de *juris et de jure*, aun teniendo la seguridad y la conciencia de faltar de este modo á la realidad, y por consiguiente, á la justicia: tal ocurre, entre otros, con Rossi, Villey y Travaglia. «*En rigor*, dice el primero, *es posible que un ciudadano ignore la existencia de una ley penal; es también posible que no comprenda sus motivos. Pero la justicia humana no podría admitir la prueba del primer hecho, sin abdicar, por decirlo así, de sí misma. Los hechos son innumerables en su infinita variedad, pero las reglas del Derecho penal son limitadas, y todo hombre tiene medios para conocerlas, á lo menos tanto, cuanto es necesario para abstenerse del delito: cum jus finitum et possit esse et debeat.* Es igualmente posible que un ciudadano no comprenda las relaciones de la ley positiva con la ley moral. *Mas no por eso queda dispensado de conformar sus actos á ellas*» (1). Villey refuerza la argumentación de Rossi, diciendo: «En el sistema contrario, el mayor interés estaría en permanecer en la ignorancia: sería tanto como condenar la ley penal á una impotencia radical. Por lo demás, la ley no ha subordinado nunca la aplicación de la pena á la condición de que el agente haya conocido el texto que la pronuncia. Esta cuestión apenas podrá ponerse (2) con relación á los actos que lesionan á la vez la ley moral y la ley social, sino por lo tocante á los actos ajenos á la noción de lo justo y de lo injusto, los cuales son mandados ó prohibidos por la ley positiva en vista de la utilidad social; es decir, especialmente en materia de contravenciones ó faltas. En este sentido, la jurisprudencia ha podido establecer en prin-

---

sistema de la prueba de la ignorancia del derecho, Le Sellyer (ob. cit., I, página 228, nota). Luzzatto (*La Scienza del Diritto privato*, t. I, 1893, pág. 341) la admite igualmente, si bien se refiere con especialidad á los negocios civiles, mas lo que dice puede aplicarse, *mutatis mutandis*, al orden penal.

(1) Rossi, *Traité de Droit pénal; Œuvres complètes*, cuarta edición, París, 1872, t. II, págs. 73-74.

(2) Y cuando se ponga, ¿qué resolvería el autor?

Digitized by Google

cipio que las infracciones á las leyes de policía deben ser castigadas, *con sólo que se pruebe la existencia del hecho material* que constituye esta infracción, *sin tomar en cuenta la intención del que la haya cometido*» (1). Travaglia dice escueta y sencillamen-

---

(1) Villey, ob. cit., págs. 117 18.—Efectivamente, la jurisprudencia francesa parece que ha venido decidiendo repetidamente que «las infracciones á las leyes de policía deben ser castigadas *con sólo que se pruebe la existencia del hecho material que constituye esta infracción, y sin tomar en cuenta la intención del que lo haya realizado*», conformándose con el espíritu que ya había manifestado tocante al particular la ley de 9 floreal, año VII, ley relativa á las aduanas, la cual disponía, en su art. 16, tít. 4.°, que «se prohibía expresamente á los jueces excusar á los contraventores fundándose en la *intención*.» Siguiendo á esta jurisprudencia, hubo bastantes autores en Francia, los cuales sostuvieron, como Barris, que, «desde el momento en que una ley pronuncia una pena contra el *contraventor* (contra el que comete una falta), ó contra *tal contravención*, sin dar más explicaciones, la pena debe ser aplicada, *sin tomar en cuenta la intención* del que haya cometido el hecho, y por el solo motivo de que el hecho material mismo está probado.» (Citado por Le Sellyer, obra citada, I, pág. 233. V. también la nota de la pág. 232). El Código penal italiano admite la misma doctrina, pues, después de decir (art. 45) que «nadie puede ser castigado por un *delito* si no ha *querido* el hecho que lo constituye», añade: «En las contravenciones cada uno responde de su propia acción ú omisión, *aun cuando no se demuestre que ha querido cometer un hecho contrario á la ley*». V. también Setti, ob. cit., pág. 170, el cual profesa esta misma opinión. Y la profesa asimismo la *Rivista penale*, de Lucchini (tomo XLI, 1895, pag. 150-151). Como se ve, lo más á que algunos autores y códigos se han atrevido, es á sostener la no necesidad de la intención para imputar las faltas, es decir, los hechos delictuosos de menor importancia. Pero ninguno ha llegado á donde hemos visto que llega Groizard, esto es, á pedir la imputabilidad de todos los hechos delictuosos, aun de los más graves (crímines y delitos), apoyándose sólo en el hecho material, y sin necesidad de averiguar la intención, el grado de conocimiento del agente y su voluntad decidida de delinquir. Es más: mientras esta opinión, exclusiva (que nosotros sepamos) de Groizard, no se compadece en modo alguno con las teorías corrientes—que el autor reproduce y admite—sobre la imputabilidad, si puede armonizarse con alguna de ellas la teoría de los escritores franceses á que hemos hecho referencia, en cuanto son bastantes los pensadores que quieren establecer la distinción entre delitos y contravenciones ó faltas, diciendo precisamente que los primeros son los hechos ejecutados con dolo, con mala intención, y las segun-

Digitized by Google

te: «El error de derecho *no puede alegarse jamás*, ni para excluir ni para disminuir la imputabilidad, ora se trate de hechos

---

das son los hechos ejecutados sin dolo, por culpa, negligencia, falta de intención, imprudencia, etc. (V. más adelante el capítulo sobre la *distinción entre Derecho penal* y *policía correccional)*. Según esto, la imputabilidad de los delitos se fundaría en la intención, en el dolo; y la de las faltas, no en la intención, sino en el peligro que envuelve el agente que obra por negligencia ó descuido. Cabalmente aquí es donde algunos autores apoyan su opinión de que, para castigar las faltas, basta el hecho material, no siendo necesario conocer la disposición que se infringe. «En materia de contravenciones—escriben Chauveau et Hélie—la ley supone que el hecho material se ha realizado voluntariamente, é *imputa precisamente como una falta la ignorancia, la desatención* y *la negligencia*.» (Citados por Le Sellyer, loc. cit.)

Pero la opinión más generalmente admitida es que la imputabilidad (toda imputabilidad), igual la de los delitos que la de las faltas, estriba en la intención *(a)*. Por eso, la carencia de ésta se dice que excluye la imputabilidad en todos los casos, lo mismo si se trata de contravenciones que de crímenes y delitos. «Si, con respecto á los delitos y á los crímenes, la buena intención, la *ignorancia* y la buena fe impiden toda culpabilidad y ponen un obstáculo á la aplicación de la pena, ¿por qué no ha de suceder lo mismo en materia de contravenciones? Al contrario, por lo mismo que el hecho de una simple contravención es por sí mismo mucho menos grave y mucho menos dañoso al orden público que los de los delitos y los crímenes, hay mayor razón para librar más fácilmente á quien cometa aquélla de la aplicación de la pena y *para permitirle invocar los mismos medios de no culpabilidad*.» (Le Sellyer, obra citada I, págs. 281-82.) Debe, por tanto, admitirse, según esto, la prueba de la ignorancia de la ley en materia de contravenciones, para excusarse de imputabilidad, sin que valga decir que en ellas es suficiente el hecho material para penarlas. «Las expresiones *contravención*, *contraventor*, no deben ser tomadas, como tampoco lo son las de *delito*, *delincuente*, *crimen*, en un sentido puramente material y físico. Dichas expresiones encierran también un sentido moral, y suponen, además del hecho material, la existencia de una *voluntad culpable*. De otra suerte, habría que llegar á decir que el hecho material de

---

(a) Esta es la doctrina *teóricamente* verdadera, la que suelen sentar, como tesis general y fija, los tratadistas al ocuparse de la imputabilidad; pero luego, á medida que avanzan en sus lucubraciones, la olvidan, y acuden, para imputar los hechos á sus autores, y para graduar esta imputabilidad, á otros criterios enteramente ajenos, y aun opuestos, á la intención: ya tendremos ocasión de irlo mostrando en el curso de estos estudios.

Digitized by Google

punibles condenados por la moral, ora se trate de delitos de mera creación política (contravenciones ó faltas)» (1).

121. Por fin, la mayoría, en vista probablemente de las graves dificultades que ofrece la cuestión, sobre si es ó no posible admitir la prueba de la ignorancia de derecho para librarse de la pena, de si esta prueba puede admitirse siempre, ó sólo en casos de delitos, y no de faltas, ó al contrario, y porqué lo uno ó lo otro, han creído lo mejor no tratar de ella y pasar sobre la misma como si no existiera. Esto es lo que hacen los autores españoles que nosotros conocemos, tanto los doctrinales, como los comentaristas del Código (2). Y por cierto, que bien valía la pena de ocuparse en tal cuestión, supuesto

---

una contravención obligaría á aplicar la pena, cuando este hecho hubiera sido cometido por un loco, ó á consecuencia de una fuerza mayor, lo cual no puede admitirse.» (Le Sellyer, págs. 233-34.) Así es, en efecto, dados los principios reinantes. Y no se diga que lo que se castiga es la ignorancia, la desatención, etc., esto es, la culpa imputable, pues ahora no se trata de eso; ahora se trata de una contravención ó falta realizada con ignorancia de la ley que se viola, la cual ignorancia no puede ser atribuida á descuido ó negligencia del agente.

(1) Travaglia, ob. cit., pág. 177.

(2) Solamente el señor Vicente y Caravantes hace una ligera referencia al asunto, para negar la posibilidad de admitir la prueba. Comentando el párrafo segundo, art. 1.°, del Código penal de 1850, igual exactamente al del Código hoy vigente, dice: «Como la presunción que en esta regla se establece puede ser una ficción en ciertos casos, determina el presente párrafo del Código que ceda á la prueba en contrario. *Pero esta prueba no se admite respecto de la falta de voluntad que consiste en la ignorancia del derecho, porque,* como ya se ha dicho, todos tienen obligación de saber las leyes» (ob. cit., pág. 9). Nos parece que esta solución del ilustre comentarista es poco justa y poco conforme con su propia doctrina, porque, si el motivo de admitir prueba en contrario de la presunción que «las acciones ú omisiones se reputan siempre voluntarias», es que la misma *puede ser una ficción en ciertos casos,* siempre que una presunción implique, como ésta, una ficción, debe admitirse prueba en contrario. Y ya se ha mostrado que la presunción *nemo jus ignorare censetur* es una ficción, y el propio Caravantes lo reconoce cabalmente, añadiendo que «*por lo mismo que tiene tal carácter ficticio, no debe extenderse más de lo que la necesidad reclama*» (ob. cit., pág. 5).

Digitized by Google

que el párrafo segundo del art. 1.º del Código penal vigente ofrece motivo suficiente para ello.

Según este párrafo, «las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario». Ahora, ¿será posible aducir y probar que la acción ejecutada, con la cual se ha violado la ley, ha sido una acción involuntaria, por falta de conocimiento, de inteligencia de la ley violada, de intención, por tanto? Los tratadistas debieran hacerse cargo de esta pregunta, que es obligada (1); pero la esquivan, sin duda, porque, de haberse hecho cargo de ella, ó la hubieran tenido que contestar, siendo lógicos, afirmativamente, y entonces el efecto que persiguen con la máxima *ignorancia legis non excusat*, ó sea la conservación del orden social y el no dejar éste á merced de los malhechores, quedaba desvanecido, desvirtuado, ó la hubieran resuelto negativamente, pero faltando con ello á sus propias doctrinas (2).

Los abogados, tampoco suelen acudir en sus informes y escritos ante los Tribunales á este recurso (3), y por lo mismo,

---

(1) Tanto más, cuanto que en defensa del último extremo del párrafo primero, art. 1.º, del Código, que dice ser delitos las acciones y omisiones voluntarias *penadas por la ley*, aducen el siguiente razonamiento: que no siendo delictuosos sino los actos penados por la ley, «cada cual *conoce* los actos que puede ejecutar y aquellos que están prohibidos, y tiene el *conocimiento* necesario para formarse una *regla de conducta* que le ponga al abrigo de la penalidad con que la ley le amenaza» (Groizard, ob. cit., I, pág. 49). Pues bien, ¿no es forzoso preguntarse, en vista de esto, si se podrá probar, á tenor del párrafo segundo, art. 1.º, del Código, que la acción ejecutada no ha sido voluntaria, por *no conocer* el sujeto la ley, ni, por tanto, los actos que ésta permite y los que prohibe, por *no haber tenido*, en el momento de realizar la acción, *la regla de conducta* que le pusiera al abrigo de la penalidad con que la ley le amenazaba?

(2) Que es lo que sucede á Vicente y Caravantes, como se ha indicado.

(3) Probablemente, ni siquiera han parado la atención en ello, y eso que el medio es de aquellos de que podrían sacar *más partido*. Pero es, generalmente, tan grande la inercia mental de los que *visten la toga para sacar triunfante la noble causa de la justicia*, y tanta la fuerza que sobre ellos ejerce la rutina, casi el único guía que conocen, que «como así han encontrado las co-

Digitized by Google

tampoco se ha sentado jurisprudencia sobre el particular (1).

122. La presunción de que todos saben las leyes, con la prohibición absoluta de aducir como excusa su ignorancia, es tan absurda, que los autores no han podido por menos de reconocerlo así, considerando que el llevarla á todo rigor, era tanto como oponerse de un modo declarado á la verdad. Por eso han admitido algunas excepciones al principio (2).

---

sas, así deben tomarlas y así tienen que dejarlas». Luego, como ni el Código ni los comentaristas del mismo (cuando leen alguno) hablan de semejante cuestión, á ellos no se les ha podido ocurrir nunca (!). Por supuesto, que es acaso mejor que no se les ocurra, porque sí, dadas las condiciones y el estado actual de la administración de justicia penal, verdadera gangrena de nuestro país, llegan los «sacerdotes de Themis» á dar en la flor de pedir la absolución de sus «patrocinados», fundándose en que éstos ignoraban la ley que han infringido, ¡Dios sabe á los extremos á que tan «benemérita clase» nos conduciría!

(1) Sin embargo, en alguna ocasión ha declarado el Tribunal Supremo, aunque no con relación directa y expresa al caso de la ignorancia de la ley, que *no delinque el que justifica que sin conciencia y voluntariedad ha cometido un hecho de otro modo penable* (Sentencia de 15 de Febrero de 1883). Lo que sí ha declarado repetidamente (Sentencias de 3 de Julio 1886, 28 Abril, 1886, 13 Mayo 1882 y otras) este Tribunal es, que *no habiendo malicia ó intención de causar el daño que sea objeto del delito, falta la condición interna y más esencial del delito mismo, aun cuando se den las circunstancias que puedan servir para su clasificación y calificación externas.* Según esta doctrina, contraria á la establecida por Groizard, como se ha visto, pero más conforme con los «principios» del derecho penal corriente, ¿no será permitido demostrar que en el agente del delito, á causa precisamente de su ignorancia, no ha existido malicia ó intención de causar daño, *condición esencial* del delito?

(2) Y esto, tanto los clásicos como los positivistas, Magri, por ejemplo, positivista, como se ha dicho, después de sentar la regla de que «se presume *siempre* el conocimiento de la ley *penal*» (esta última palabra la subraya él mismo, para indicar, sin duda, que no se presume siempre el conocimiento de cualquiera y de todas las leyes), añade: «Se exceptúa, sin embargo, el caso de leyes especiales promulgadas en circunstancias gravísimas». (Ob. cit., página 371.) El autor se contenta con esta afirmación vaga, sin hacer, como parecía obligado, indicaciones precisas acerca de lo que debe entenderse por leyes *especiales* y cuándo las circunstancias dejan de ser ordinarias y aun graves, para convertirse en *gravísimas*. Pues, si esto se deja á la libre apreciación del

Digitized by Google

Ante todo, se dice que la presunción no puede valer de un modo absoluto con respecto á los extranjeros, bien en general, bien con la limitación de haber llegado recientemente al territorio en que domine la ley que hayan violado (1). «Aun para los extranjeros—dice Setti—vale el conocido aforismo *idem est scire leges, aut scire debuisse, aut scire potuisse;* pero se ha reconocido ser justo que, cuando no se trate de disposiciones que, *por razón de su profesión ú oficio*, tengan obligación de conocer (2), la ignorancia de la ley se resuelva en una ignorancia de hecho (3); principalmente cuando las sanciones de que se trate sean *locales* y *especiales* (4), ó cuando pueda invocarse el principio *impossibilium nulla obligatio est*» (5). Francamente, suponer que un extranjero recién llegado al país haya de conocer todas las leyes del mismo, cuando no las conoce ni las puede conocer siquiera ninguno de los naturales, es llevar demasiado lejos la ficción.

Pero ¿se le podrá excusar al extranjero de la ignorancia de toda clase de leyes, ó sólo de algunas? Sólo de algunas, se dice.

---

juez, observaremos que, en tal caso, no hay necesidad de que la ley consigne como precepto general, indeclinable, el de que nadie puede alegar la ignorancia de la ley para excusarse de su cumplimiento, sino que los tribunales declararán, *en cada caso*, si el sujeto conoció ó no la ley, y si su no conocimiento de la misma puede servirle de excusa ó de motivo de atenuación. También Setti es positivista y admite la máxima de que se trata, pero *con excepciones*, como se ve por el texto.

(1) Carrara, ob. cit., t. I, § 269, pág. 246.

(2) Y, aun teniendo obligación de conocerlas, si no las han conocido, ha habido ignorancia real, verdadera, del derecho, y no es lícito pedir la imputabilidad, *como si hubiera habido conocimiento*. Una cosa es que la ignorancia en sí, como hecho *independiente*, pueda dar lugar á imputabilidad, y otra muy distinta es pedir la imputabilidad de un hecho que ha sido consecuencia de aquella ignorancia, *suponiendo* que la ignorancia *no ha existido*, cuando *consta lo contrario*.

(3) En lo que es.

(4) Lo mismo cuando sean *generales;* la ignorancia no varía, sino que es igual en ambos casos.

(5) Setti, *Dell' imputabilità*, Turin, 1892, pág. 11. V. también pág. 168.

Digitized by Google

Para que dicha ignorancia pueda producir efectos, es necesario, según Carrara, que en el acto realizado concurran estas dos condiciones: 1.ª, que no sea reprobado por la moral (1); 2.ª, que no se halle prohibido en la patria misma á que el extranjero pertenece. De manera, añade el autor, que esta excepción sólo es propia de las *transgresiones* (2); difícilmen-

---

(1) Ya queda indicado que es imposible saber cuáles son los actos reprobados por la moral y cuáles otros no, pues cada individuo tiene su moral propia, su criterio moral distinto del de los otros. Y concretándonos al extranjero, ¿es posible suponer que todos los extranjeros consideren reprobados por la moral los mismos actos: por ejemplo, los de países cristianos, los mismos que los de países mahometanos, los ingleses igual que los turcos, que los marroquíes, que los chinos, que los patagones? Por lo demás, el suponer que hay actos *justamente* prohibidos por las leyes y que, sin embargo, no reprueba la moral, es tanto como afirmar que lo justo no es antes moral, ni necesita ser moral; que la esfera de la moralidad no abarca necesariamente dentro de sí la esfera del derecho; que los preceptos legislativos pueden á veces responder á las exigencias de la justicia, sin ser previamente morales, sin derivar de los principios del derecho natural, con sólo que los formule el legislador: afirmaciones todas que están en abierta pugna con las ideas recibidas acerca de la distinción y relaciones entre la moralidad y el derecho, una de las cuales ideas, acaso la aceptada por todo el mundo como menos discutible, es la que Ahrens expresa diciendo (*Curso completo de Derecho natural ó de filosofía del derecho*, trad. española de D. Manuel María Flamant, 2.ª ed., Madrid, 1864, pág. 152): «*Todo lo que el derecho manda ó prohibe, lo manda ó prohibe también la moral.*» Lo mismo suelen decir, con iguales ó parecidas palabras, los escritores todos de derecho natural, de filosofía del derecho, de prolegómenos del derecho, de enciclopedias jurídicas. Considerado de esta manera el problema, *no puede haber acto alguno* justamente prohibido y penado por las leyes positivas, que no esté prohibido *antes* por la moral. (Sobre la manera como nosotros concebimos las relaciones entre la moral y el derecho, véase nuestras *notas* á la traducción española del *Derecho político filosófico*, de L. Gumplowicz, principalmente las de los primeros capítulos de los libros primero y segundo.)

(2) Por tales, entiende Carrara las violaciones de aquellas leyes que *no tienen su fundamento en el derecho natural*, en la justicia, *sino* en las necesidades de la convivencia, en las necesidades *políticas* (¡como si la justicia fuera algo diferente de dichas necesidades!). Las transgresiones son, dice el mismo penalista, actos *indiferentes*, *inocentes*, que *no contienen* elemento alguno de *inmo-*

Digitized by Google

te (1) se podrá aplicar á los *verdaderos delitos* (2). No falta, sin embargo, quien ni siquiera les concede la excusa por la ignorancia de las leyes que penan las *transgresiones* ó faltas (3).

En nuestro país, el art. 8.º del Código civil preceptúa que

---

ralidad interna, pero que, no obstante, están prohibidos por las exigencias de la vida civil (véase las observaciones de la nota anterior). El concepto de transgresiones en Carrara pretende responder al que otros dan (en tesis abstracta, tan sólo, que después olvidan, como se verá en uno de los capítulos siguientes) de las contravenciones ó faltas.

(1) ¿Pero alguna vez? ¿Cuándo?

(2) ¿Cuáles son éstos? Véase las notas anteriores, y más adelante, el capítulo que trata de las *relaciones entre el derecho penal y la policía correccional*.

(3) Esto sucede, v. gr., con Haus. «Cuanto á los extranjeros, dice, que después de haber entrado en el territorio, han infringido una ley penal, debe examinarse si el hecho está castigado en todas las naciones civilizadas (¿cuáles son estas naciones «civilizadas?» ¿Hasta dónde se extiende el concepto de «civilización» y dónde concluye?» Y ¿qué se hará cuando el hecho de que se trata esté penado en alguna ó algunas naciones «civilizadas» y en otra ú otras no, como, por ejemplo, la poligamia, el divorcio, etc.?), esto es, si constituye un *delictum juris gentium* (es posible que, bien miradas las cosas, comparando entre sí las legislaciones penales de las diferentes naciones «civilizadas», se encontrara uno con que el número de los llamados delitos *juris gentium* era reducidísimo, si es que había algún delito *juris gentium*), ó si pertenece á la categoría de las ofensas cuyo carácter delictuoso viene determinado por las necesidades particulares y variables de cada pueblo (¿cuáles serán éstas, á diferencia de las generales y permanentes? Y ¿quién determinará las que pertenecen á una y otra clase? ¿Lo hará el juez y, por tanto, vendremos á caer en el arbitrio judicial, ó tendrá que decirlo de una vez para siempre el legislador?) y cuya criminalidad es puramente territorial ó local *(delicta juris civilis, propria civitatis)*. En el primer caso, el buen sentido (¿es igual en y para todos los hombres?) debía (¿y si debía y no lo ha hecho?) enseñar al extranjero que su acción no quedaría impune en el lugar donde se halla. Si se le ofrecían dudas sobre el particular (¿cómo podría ser esto, teniendo en su conciencia y en su buen sentido un criterio infalible para discernir lo bueno de lo malo?), debía abstenerse de obrar, hasta tanto que hubiera recibido los necesarios informes que cualquiera podría suministrarle. No le será, pues, posible nunca demostrar la imposibilidad de haber conocido la prohibición legal. La excepción de la ignorancia debe ser rechazada, *aun en el caso en que el hecho esté prohibido únicamente por motivos de interés público* (delito de convención social.) (Haus, ob. cit. I, pág. 541.)

Digitized by Google

«las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan á todos los que *habiten* en territorio español»; por tanto, también á los extranjeros. Si éstos alegaran ante los Tribunales de justicia, con el fin de librarse de la pena, su ignorancia de la ley penal, de policía ó de seguridad, que hubieran infringido, ¿se les admitiría la prueba de tal ignorancia y se les declararía, en consecuencia, inimputables por el hecho ejecutado? No es muy aventurado contestar negativamente. Lo más probable es, que los Tribunales se parapetasen tras del art. 8.º del Código civil, juntamente con el art. 2.º del mismo Código, que denegasen la petición, no obstante haber sido involuntario el acto cometido, y no obstante el precepto del párrafo segundo art. 1.º del Código penal, y que, en lo tanto, condenasen al extranjero. Donde la admisión de la prueba de la ignorancia no debería ofrecer reparos, es cuando se tratase de leyes que no fueran penales, de policía ó de seguridad: por ejemplo, tratándose de leyes civiles ó administrativas; mas aun aquí es dudoso que en todo caso se les reconociera como provechosa, para los efectos de la no imputabilidad, la ignorancia del derecho, por prohibirlo expresamente—se diría—el citado art. 2.º del Código civil.

123. Admiten también los autores, como otra excepción al principio *ignorantia legis non excusat*, la ignorancia de aquellas leyes que no sean propiamente penales: porque, en tal caso, la ignorancia de derecho viene á resolverse, dicen, en una ignorancia de hecho, «es un mero *quid facti*». En este particular están de acuerdo casi todos los autores, principalmente los italianos, que suelen aquí aceptar la opinión de Carrara (1).

---

(1) Véase Carrara, *Opuscoli*, t, VII: *Della ignoranza come scusa;* Id., *Programma*, t. I, § 259, nota, pág. 247; Paoli, ob. cit., pág. 105, nota; Id., *Nozioni elementari di diritto penale*, pág. 48, nota; Impallomeni, ob. cit., t. I, pág. 151; Travaglia, ob. cit., pág. 178; Setti, ob. cit., págs. 11, 14, 164, etc. Como ejemplos de esta ignorancia de derecho, que viene á convertirse en ignorancia de hecho, y á excusar, por tanto, de imputabilidad, citan los penalistas, entre

Digitized by Google

Igualmente, se admite como excepción al principio referido, el caso de comisión de un delito de buena fe, creyendo que el hecho está autorizado por las leyes. «Se puede conocer la ley penal y, sin embargo, engañarse cuando se trata de aplicarla á un caso particular; puede creerse que este hecho no entra en la definición legal, que no es punible» (1). Tal puede ser el caso del marido que, por haber visto que los Tribunales no perseguían á quien hubiere causado lesiones menos graves ó leves al amante de su mujer, ó á ésta, sorprendidos en adulterio, hubiere matado ó causado lesiones graves, en circunstancias análogas, al amante ó á la esposa, creyendo equivocadamente, pero de buena fe, que el art. 438 del Código penal (2) le autorizaba para ello. Tal puede ser también el caso de quien cometiere un hurto contra un pariente colateral, juzgando de buena fe que los hurtos *entre parientes* estaban consentidos por el art. 580 del Código penal (3); ó el caso de quien cometiere un robo contra uno de los parientes comprendidos en este artículo (contra un hijo, por ejemplo), desconociendo

---

otros: el de una hija que á la muerte del padre se apodera de las cosas dejadas por éste y dispone de ellas, á la cual hija no se la podrá considerar como autora de hurto, si prueba su ignorancia de la ley civil que defería la herencia á los agnados más remotos; el de un legatario que, creyendo trasmisible *ipso jure* el legado, se posesiona de él sin pedírselo al heredero; y otros análogos.

(1) Haus, ob. cit., I, pág. 542.

(2) Art. 438. «El marido que, sorprendiendo en adulterio á su mujer, matare en el acto á ésta ó al adúltero, ó les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. *Si les causare lesiones de otra clase,* QUEDARÁ EXENTO DE PENA.»

(3) Art. 580. «*Están exentos de responsabilidad criminal,* y sujetos únicamente á la civil, por los hurtos, defraudaciones ó daños que recíprocamente se causaren: 1.°, los cónyuges, ascendientes y descendientes ó afines de la misma línea; 2.°, el consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado á poder de otro; 3.°, los hermanos y cuñados, si vivieren juntos. *La excepción de este artículo no es aplicable á los* EXTRAÑOS *que participaren del delito.*»

Digitized by Google

la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en repetidas (1) sentencias viene declarando que la exención de responsabilidad consignada en el art. 580 no puede hacerse extensiva á los delitos de robo (2).

Aún se suelen aducir algunos otros casos de excepción del referido principio: como cuando existe una opinión *general* de que un hecho determinado está permitido, porque la autoridad no lo ha perseguido ni reprimido nunca; ó de que un hecho no es contradictorio á la ley, porque así lo han estimado algunas veces los Tribunales (3).

Ahora, si en todos estos casos se estima injusto sostener la presunción *nemo jus ignorare censetur*, y la ignorancia puede y debe en ellos servir de excusa, ¿por qué no se hace extensiva la excepción á todos los casos análogos? O mejor aún: ¿por qué no se abandona por completo aquel principio, que se sabe ser una ficción, y en vez de establecerlo como regla invariable, como verdad legal, no se deja que sean los Tribunales los que, cuando sea necesario, declaren si ha existido ó no ignorancia de derecho, y cuáles son los efectos que la misma puede y debe producir?

124. Es muy general en los tratadistas el buscar apoyo á la presunción que nos viene ocupando, igualmente que á casi todas sus opiniones y doctrinas (principalmente, cuando se trata de los partidarios de las teorías antiguas), en el derecho romano, en las disposiciones de esta legislación y en las sentencias de los jurisconsultos, que tanto contribuyeron á elaborarlas. Esto, cuando no se remontan á épocas anteriores. Así, prescindiendo de algunos pasajes de Aristóteles, que se dice haber servido de base «á todas las legislaciones» (4), suele citarse,

(1) De 28 Diciembre 1871, 6 Febrero 1872, 18 Febrero 1888, 22 Junio 1888, 21 Febrero 1890, 28 Junio 1890, 5 Julio 1890, 23 Julio 1890.

(2) Véase sobre estos casos de buena fe á Haus, ob. cit., I, págs. 543-44; Le Sellyer, ob. cit., I, pág. 222 y sig., y los autores que éste cita.

(3) Setti, ob. cit., pág. 11.

(4) Setti, ob. cit., pág. 6. Los pasajes aristotélicos que cita este autor

Digitized by Google

como fuente del principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, la siguiente sentencia de Paulo: *Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere* (1), que se aplica al derecho penal, lo mismo que á las otras ramas ó esferas jurídicas.

Ahora, parece que en este particular, como en tantos otros, lo que los romanos hicieron, no fué dar reglas generales, sino resolver casos particulares; sólo que luego los comentaristas y los escritores han venido dando fuerza y valor de verdaderos principios absolutos y generales á estas decisiones particulares. En efecto; por lo que toca al punto concreto que nos viene ocupando, dice un romanista ilustre: «*Los romanos no han expuesto jamás,* POR LO QUE AL DERECHO PENAL SE REFIERE, *la regla juris ignorantiam cuique nocet, sino que su teoría* HAY QUE DEDUCIRLA DE UNA SERIE DE DECISIONES PARTICULARES» (2).

---

son los siguientes: *Quandocumque perpetranti aliquid causa fuerit ignorantia, id non fit sponte et proinde ne afficit quidem injuria. At cum ipse suæ causa fuerit ignorantia, cujus ipse extiterit causa, is plane afficit injuria, ac ejusmodi jure criminis arguetur. (Moral,* lib. 1.°, cap. 34.) *Legislatores eos, qui mala perpetrant, castigant ac puniunt, si tamen neque vi coacti ea egerint, neque ea ignoratione cujus ipsi sibi causam non exhibuerint. Ob ignorationem etiam puniunt si sibi ipse ignorationis causa quispiam fuisse videatur... Eos quoque puniunt, qui aliquid eorum ignorat, quæ ad leges pertinent, quæ quidem et sciri debeant et difficilia non sint. (Ad Nicomach.,* lib. 3.°, cap. 7.°)

(1) Dig., 22, 6, 9: *De juris et facti ignorantia.*

(2) C. Ferrini, *Diritto penale romano,* en el *Trattato completo teorico e pratico di Diritto penale,* de Cogliolo, t. I, Milán, 1888, pág. 49. Hé aquí algunos de los textos que el profesor Ferrini aduce como base de su opinión: *a) Si per imperitiam vel rusticitatem ... fecerit, non tenetur. (Dig.,* 2, 1, 7, § 4.) *b) Si quis sciens, non tamen dolo aperuit* [el testamento de un hombre asesinado, contra el decreto del senado consulto silaniano], *atque non tenebitur, si forte* per imperitiam... ignarus edicti prætoris vel senatus-consulti *aperuit. (Dig.,* 29, 5, 3, § 21-22.) *c) Et non puto hunc esse prædonem, qui dolo caret,* quamvis in jure erret. *(Dig.,* 5, 3, 25, § 6: usurpación de herencia.) *d) Qui... imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferri a possessoribus, absolvi debet. (Inst.,* 4, 2, § 1.) En otros casos se aplica la pena, *como excepción,* á pesar de la ignorancia del derecho. También cita el autor casos en que el *desprecio de la norma conocida* parece que se considera como *elemento esencial del dolo.*—La explicación

Digitized by Google

Mas, de cualquier modo que ello sea, háyase ó no establecido en Roma, como principio general penal, el de que *ignorantia juris non excusat*, lo cierto es que en muchos casos la ignorancia del derecho excusaba de imputabilidad penal y, por tanto, que si el principio existió, sufría excepciones, en favor de aquellas personas que, por razón de su estado, de su rusticidad ó impericia, debía suponerse que, en casos dados, no conocían las leyes: como las mujeres, los militares, los idiotas y los menores; excepciones que demostraban que «*la fuerza de la presunción jurídica no podía ser tal, que llegara á sobreponerse á la naturaleza de las cosas*» (1).

Nuestras leyes de Partida, después de haber establecido la obligación en que todos están de obedecer las leyes (2), y de haber sentado como regla general la de que nadie puede librarse de las penas, pretextando ignorar las leyes (3), introdu-

---

que debe darse á la aparente contradicción que se observa entre unos y otros casos, se resuelve, dice Ferrini, teniendo en cuenta que unas veces se trata de normas que tienen que ser conocidas por todo el que viva en una sociedad civilizada, aun cuando ignore las leyes que las sancionan; mientras que hay otras, cuyo conocimiento no puede obtenerse, sino mediante una larga práctica y una larga experiencia de las relaciones sociales.

(1) Pessina, ob. cit., págs. 127-128; Setti, ob. cit., pág. 7.

(2) Ley 16, tít. 1.°, lib. 1.°, Partida 1.ª: *Como son todos tenudos de guardar las leyes*, tanto el Rey, cuya hechura son éstas, como el pueblo, para cuya vida y tutela sirven.

(3) Ley 20, tít. 1.°, lib. 1.°, Part. 1.ª: *Por qué razón los homes non se pueden escusar del juicio de las leyes por decir que las non saben.* «Escusar non se puede ninguno de las penas de las leyes por decir que las non sabe: ca pues que por ellas se han de mantener, rescibiendo derecho, é faciéndolo, razón es que las sepan é que las lean; ó por tomar el entendimiento dellas ó por saberlas él mismo bien razonar en otra manera sin leer: ca escusa han los homes en sí mismos por muchas de cosas que les contescen, así como enfermedades ó otras cuitas muchas que pasan en este mundo; pero non se pueden escusar que non embien otros en su lugar, que muestren su derecho: é si non hubieren quien embiar, débenlo facer saber á sus amigos, que en aquel lugar fueren do se ellos han de juzgar por las leyes, que lo razonen é lo muestren por ellos é darles poder como lo fagan: é pues que por sí ó por

Digitized by Google

cen algunas excepciones, siguiendo al derecho romano, en favor de los locos, los menores, los militares, los aldeanos, los pastores y las mujeres. Así lo hace la ley 21, tít. 1.º, lib. 1.º, Partida 1.ª (1).

---

sus mandaderos, ó por cartas se pueden escusar, nón son ellos escusados por decir que non sabían las leyes: é tal razon como ésta, si la dijeren, non les debe ser cabida.»

(1) Ley 21, tít. 1.º, libro y Partida citadas: *Cuales pueden ser escusados por no saber las leyes.* «Señaladas personas son las que se pueden escusar de non recebir la pena que las leyes mandan, magüer non las entiendan, ni las sepan al tiempo que yerran, faciendo contra ellas; así como *aquel que fuese loco* de tal locura, que non sabe lo que se face. E magüer entendieren que alguna cosa fiso, porque otro home debiese ser preso ó muerto por ello, catando en como aqueste que dijimos, non lo face con seso, non le pone en tamaña culpa como al otro que está en su sentido. Eso mesmo desimos del *moso* que fuese *menor de catorce años:* ó la *moza menor de doce,* magüer probase fecho de lujuria, sol que non lo sopiese facer. Estos tales escusados serían de la pena de las leyes, porque no han entendimiento; mas si por aventura fuesen *menores de diez años é medio* é ficiesen algun otro yerro, así como furto, ó homicidio, ó falsedad, ó otro mal fecho cualquier, serían escusados otrosí de las penas que las leyes mandan *por mengua de edad é de sentido.* Otrosí decimos que los *caballeros* que han á defender la tierra ó conquerirla de los enemigos de la fé *por las armas,* deben ser escusados, por no entender las leyes: é esto sería si perdiesen ó menoscabasen algo de lo suyo, andando en juicio, ó por razon de posturas, ó de pleytos que hobiesen fecho á daño de sí: ó porque hobiesen perdido algo de lo suyo, por razón de tiempo: *pero todas estas cosas se entienden siendo ellos en guerra:* ca bien es derecho é razon que aquel que su cuerpo aventura en peligro de prision ó de muerte que nol den otro embargo, porque aquello se estorbe; sol que se non meta á estudiar, ni aprender leyes, porque el fecho de las armas deje: *fueras ende* si el cavallero ficiese traicion, ó falsedad, ó aleve, *ó yerro que otro home debiese entender naturalmente que mal era,* non se puede escusar que non haya la pena que las leyes mandan. E esto mesmo decimos de los *aldeanos que labran la tierra* ó moran en lugares *de non hay poblado,* é de los *pastores* que andan con los ganados *en los montes, é en los yermos:* é de las *mujeres que morasen en tales lugares como éstos.*» Subrayamos aquellas palabras de la ley que tienen más interés para nuestro objeto, llamando así la atención del lector, para que las comente por sí sólo, relacionándolas con la doctrina anteriormente expuesta. Por lo demás, puede verse el comentario de esta ley en *La Glosa,* de Gregorio López, vertida al castellano por el licenciado Diego Ordovás (*Biblioteca manual de derecho,* de Fermín-

Digitized by Google

Los comentaristas de la misma han disputado mucho acerca de si está vigente todavía, ó si fué derogada por la 2.ª, tít. 2.º, libro 3.º de la Novísima Recopilación, que dice que las ley es común así para varones como para mujeres, de cualquiera edad y estado que sean, y es también para los sabios como para los simples, y es para poblados como para yermos; y por la ley 3.ª del mismo título, que prescribe, que ninguno piense de no hacer mal por decir que non sabe las leyes ni el derecho, ca si hiciere contra ley, no se puede excusar de culpa por no la saber (1). Pero, esté ó no vigente dicha ley, lo cierto es que el espíritu que inspiraba las excepciones consignadas en ella debe mantenerse, en lugar de echarlo por completo en olvido, como lo han hecho las legislaciones modernas; y secundando este espíritu, debe aumentarse el número de las referidas excepciones, reconociendo la ignorancia del derecho y aplicando los efectos y consecuencias que la misma debe producir en todos los casos en que deba reconocerse: esto es, en todos los casos en que *real* y *efectivamente* se haya obrado contra la ley, sin conocerla (2).

125. La generalidad de las leyes penales no suele contener una disposición en que se consigne expresamente la presunción *nemo jus ignorare censetur* y la correlativa *ignorantia legis non excusat*. Hay, no obstante, algún Código, como el italiano de 1890, que se aparta en esto de los demás, prescribiendo, en su art. 44, que «nadie puede invocar como excusa la ignorancia de la ley penal».

¿Cuál de los dos sistemas es mejor? Imposible decirlo. Esto depende del punto de vista en que cada cual se coloque. Pero puede afirmarse que el sistema empleado por el Código italiano responde mejor que el contrario á la tendencia de regularlo

---

dez Elías, t. I, Madrid, 1874, págs. 56 y sigs.), y las correspondientes obras de Febrero, Diego Pérez, Alonso de Montalvo, Gutiérrez, etc.

(1) V. sobre esto Vicente y Caravantes, ob. cit., págs. 67.

(2) En el Código penal de 1822 era circunstancia atenuante la falta de talento ó *instrucción* (V. Groizard, I, pág. 311).

Digitized by Google

todo en la ley, á las exigencias abstractas de las concepciones reinantes; mas, por otro lado, parece que es más acertado el sistema opuesto, porque, llevando cada cual en su conciencia el criterio de lo bueno y de lo malo, el imperativo de lo que puede hacer y de lo que debe abstenerse, no hay necesidad alguna de que las leyes digan lo que todo el mundo sabe, esto es, que todos conocen lo que debe estar prohibido y castigado. La disposición del art. 44 citado es, se dice, esencial para la existencia de una ley; por eso es enteramente supérflua, es una superfetación (1).

Las vacilaciones acerca de si el precepto en cuestión debe ó no figurar en los Códigos penales se advirtieron en el seno de las Comisiones nombradas para informar sobre el vigente Código italiano, cuando estaba en proyecto. Mientras la Comisión del Senado pidió su supresión, por considerarlo su pérfluo, la Comisión de la Cámara de los Diputados propuso que se conservara, y dentro de la Comisión de profesores y personas competentes, nombrada por el Ministro para que discutiese y revisase su proyecto, hubo encontrados pareceres. Querían que se suprimiera, Brusa (2), Arabia, Calenda (3) y

(1) Pessina, *Il nuovo codice penale italiano*, Milán, 1890, pág. 85.

(2) Este, para el caso de que el artículo se mantuviera, propuso la siguiente adición: «En el caso de contravención á una ley penal puramente positiva ó particular, *los jueces pueden prescindir de la punición, cuando el agente ignorase la ley misma sin culpa propia*, sea á causa de circunstancias extraordinarias, sea por hacer vivido poco tiempo en el país ó en el distrito en el cual está en vigor la disposición legal infringida.» La Comisión desechó la proposición de Brusa.

(3) El cual, en caso de que el artículo fuese conservado, proponía que se redactara en la siguiente forma: «Nadie puede invocar como excusa la ignorancia del *presente Código*»; fundándose para ello en que, si por lo que toca á los delitos comunes, cuyo contenido es contrario, á la vez que á la ley positiva, á la ley moral, el art. 44 no ofrecía peligro, sí podía ofrecerlo «frente á la inmensa cantidad de variables reglamentos gubernativos y municipales, en los que no falta nunca su parte correspondiente de penalidad, y para los cuales no existe un sistema eficaz de publicación que sirva para hacer que todo el mundo los conozca».

Digitized by Google

Eula (1); por el contrario, abogaron porque se conservara, y su opinión prevaleció, Lucchini, Auriti, Tolomei (2) y Faranda (3).

En el Código penal español no hay disposición alguna equivalente á la del artículo 44 del Código penal italiano. Mas es bien seguro que, no por esto, entenderán los intérpretes del mismo, los tribunales, fiscales y abogados, como no suelen entenderlo tampoco los comentaristas, según se ha visto, que puede alegarse en juicio penal y como causa de excusa de imputabilidad, la ignorancia de la ley. A falta de otras razones en apoyo de su opinión, acudirán al precepto terminante del art. 2.º del Código civil (4), el cual, por lo mismo que habla en términos generales, sin referirse á ninguna clase determinada de leyes, y por lo mismo que figura en el *título preliminar* del referido Código, donde se habla *de las leyes* en general, debe ser aplicable á *todas* las leyes, y por consiguiente, *también á las penales*. A lo cual sólo observaremos una cosa: si el art. 2.º del Código civil español debe aplicarse á las leyes penales, por estar en el título preliminar, que se refiere á *todas* las leyes, ¿no deberá decirse esto mismo del art. 6.º, relativo á las fuentes del derecho, que se halla también comprendido en el mencionado *título preliminar?* (5).

---

(1) Quien consideraba el artículo en cuestión inútil, por estar ya reconocido el principio *ignorantia legis non excusat* en el Código civil, disposiciones preliminares, art. 11, aplicable á todas las leyes, y por consecuencia á las penales; y peligroso, porque, formulado tal artículo, se imposibilitaría al extranjero, aun en casos extraordinarios, para alegar excusa, mientras que callando el Código, puede el magistrado absolver al extranjero que, por ignorancia, se hiciera reo de contravención á ciertas leyes.

(2) El cual fué quien propuso la adición, que fué aceptada, del adjetivo *penal* á la simple palabra *ley*, que figuraba en la redacción del proyecto. El proyecto decia sencillamente: «Nadie puede invocar como excusa la ignorancia de la ley».

(3) Vide sobre esto los citados *Verbali della commissione*, etc.; págs. 134-37.

(4) Art. 2.º Cód. civ.: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

(5) Véase el cap. 1.º, § 4.

Digitized by Google

126. Finalmente, en el sistema que nosotros preconizamos, por considerarlo como el más racional, ó sea en el del *tratamiento preventivo*, el problema de que en el presente capítulo nos hemos ocupado cambia totalmente, por cambiar totalmente el sentido de la administración de justicia, y por lo mismo, la solución tiene que ser diferente de la que le suelen dar los escritores.

En primer término, como en caso de haber Código penal, éste no puede tener carácter obligatorio para los tribunales, la determinación de si la ignorancia del derecho ha existido y cuáles han de ser las consecuencias que produzca, es cosa que dependerá, como todo en este sistema, del prudente é ilustrado arbitrio de los jueces. No hay, por tanto, precisión de que el Código (civil ó penal, ó ambos) diga si se presume que todos conocen las leyes, ó si se presume lo contrario; ni hay tampoco necesidad de fijar en él, caso de que las admita de un modo taxativo, las excepciones que la presunción puede sufrir. Esto dependerá *siempre* de la decisión del juzgador (1).

En segundo lugar, la existencia de la ignorancia del derecho no producirá, ni puede producir, los efectos que hoy se quiere que produzca. Pues, mientras en los sistemas actuales (sin excluir el de la escuela antropológica italiana) de la imputabilidad *personal* y *subjetiva* y de la pena como reacción y castigo, el resultado de la admisión de la ignorancia del derecho es el de excluir la imputabilidad, y consiguientemente la pena, declarando libre al sujeto ignorante, en el sistema, racional, á nuestro juicio—según procuraremos demostrar más adelante—de la imputabilidad *objetiva* y *colectiva*, del *peligro* como criterio para la función penal, y de la pena como medio *puramente preventivo*, la existencia de la ignorancia del derecho: 1.º lejos de excluir la imputabilidad, la afirma; y la afir-

(1) Así lo quieren también algunos penalistas de los sistemas antiguos, olvidando que con ello se echan en brazos nuevamente, en cosa tan interesante y peligrosa, del *odiado* arbitrio judicial. Véase Setti, ob. cit., pág. 167.

Digitized by Google

ma, si así puede decirse, con circunstancia agravante (empleando el lenguaje corriente), porque el ignorante, por el hecho de serlo, es, *cæteris paribus*, más peligroso que el no ignorante; 2.º lejos de tener que desentenderse de él la justicia penal, tendrá que poner con él más cuidado que con otro cualquiera individuo: porque en él hay *una causa más* de peligro, de futuros delitos, de malestar social futuro, que en los otros: si la palabra no fuera impropia, diríamos que hay en él *más responsabilidad* que en los no ignorantes. Sólo que esta responsabilidad no debe recaer exclusivamente sobre el individuo ignorante, el cual es propiamente una víctima de todos aquellos que hayan contribuído á producir su ignorancia; sino sobre éstos. Y como los que contribuímos á producir la ignorancia de los ignorantes somos todos, todos somos causa de los resultados de esta ignorancia; todos, por tanto, somos imputables por los delitos que ellos cometan, y sobre todos debe recaer la responsabilidad de los mismos. Dicha responsabilidad, debe, pues, ser difusa (1).

En tercer lugar, el empleo de medios preventi vos con el ignorante de las leyes (el exigirle responsabilidad penal, se diría en términos corrientes) no puede hacerse con ensañamiento y por sólo el deseo de hacerle padecer, sino con el propósito de evitar sus recaídas futuras, por efecto cabalmente de su ignorancia; es decir, por su propio bien y al mismo tiempo por el bien y el interés de la sociedad (2). Algo aná-

(1) Unicamente esta manera de concebir la responsabilidad es la que nos parece compatible con el determinismo y con el encadenamiento y la solidaridad que el mismo supone entre todos los elementos del universo. (Véase el citado artículo, *La responsabilidad por causa de delito y su difusión*, en *Problemas jurídicos contemporáneos*).

(2) Nuevamente, aquí, la benevolencia, la caridad, la humanidad, el amor al prójimo, el interés ajeno, el altruismo, se confunden con la justicia, con el interés propio, con el egoísmo; nuevamente se ve que los intereses que parecen más opuestos son perfectamente solidarios, y que los cálculos del verdadero y puro egoísmo son los que llevan al cumplimiento del deber; nueva-

Digitized by Google

logo á lo que se hace ya hoy, cuando á los locos y á los niños que cometen delitos, se les lleva à establecimientos, ó se les entrega á familias que cuiden de ellos, no sólo para que no sigan causando daños, sino para mejorarles, si es posible.

En cuarto lugar, así consideradas las cosas, el motivo fundamental en que se apoya la ficción *nemo jus ignorare censetur*, á saber: la necesidad de conservar el orden social, desaparece: pues al que haya infringido la ley por no haberla conocido, no le valdrá alegar esta ignorancia para librarse de la pena (del tratamiento preventivo); antes bien, justamente por desconocer aquélla, *necesita* que se le atienda más que si, en igualdad de todas las demás condiciones, la hubiera conocido.

En quinto lugar, las dificultades que hemos visto presenta la cuestión de si debe ó no admitirse la prueba de la ignorancia, desaparecen también, porque esta prueba no sirve para excluir ni para aminorar la imputabilidad, sino para aumentarla.

Por último, en los casos en que la ignorancia del derecho no revele peligro en el agente, pero en que se haya causado un daño á terceras personas, como puede suceder con el extranjero, con el que haya obrado de buena fé, etc., la no necesidad del empleo de tratamiento preventivo, ó el empleo de un tratamiento preventivo poco intenso, no excluye la necesidad de que el mal ó perjuicio que se haya originado por el hecho sea civilmente reparado. Lo cual es una consecuencia obligada de nuestro modo de entender la responsabilidad por causa de delito, distinguiendo en ella la reparación, esto es, la responsabilidad verdadera, y la pena, ó tratamiento preventivo.

---

mente las obras que se dice ser «de misericordia» («enseñar al que no sabe») se convierten en obras de estricta justicia.

FIN DEL TOMO PRIMERO

Digitized by Google

ÍNDICE

Páginas.

PRÓLOGO..... V

I.—SOBRE EL VALOR DE LA LEY, COMO ÚNICA FUENTE DE DERECHO EN MATERIA PENAL..... 1

1. Necesidad de someter á examen crítico la doctrina referente á las leyes penales.—2. Doctrina de los autores acerca de las fuentes del derecho penal.—3. Idem de los Códigos.—4. Legislación española.—5. Razón del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*—6. El prejuicio liberista.—7. La *magna carta* del criminal.—8. La «arbitrariedad» de las penas.—9. España.—10. Primeras manifestaciones de reacción. Rossi.—11. Carrara.—12. Pessina.—13. Significación de la doctrina de estos escritores.—14. Razones que indican que el principio *nullum crimen sine lege* está llamado á desaparecer.—15. *a)* Las corrientes actuales de la filosofía jurídica acerca de las fuentes del derecho y de su valor.—16. *b)* El espíritu y tendencias de las escuelas correccionalista y positiva.—17. *c)* El reconocimiento de la personalidad individual y de los derechos que la integran, en la conciencia jurídica contemporánea.—18. *d)* El carácter socialista de la sociología moderna.—19. *e)* La introducción, cada vez mayor, en las legislaciones del arbitrio judicial.—20. *f)* El nacimiento y generalización de ciertas instituciones que responden á una concepción de la pena, distinta de la dominante.—21. Conclusión.

II.—OTRAS FUENTES DEL DERECHO PENAL, ADEMÁS DE LA LEY. 53

22. Espíritu del presente capítulo.—23. El derecho es la vida. Los juristas olvidan esta verdad.—24. Si hay más fuentes del de-

Digitized by Google

Páginas.

recho que la ley. La doctrina general. Excepción en cuanto al derecho penal.—25. Si esta excepción se justifica según las doctrinas de la escuela clásica y las de la positiva.—26.—Consecuencias que se desprenden para nuestro objeto de la consideración de la sociedad como un organismo.—27.—La costumbre es fuente de derecho.—28. Contrasentido en que incurren los escritores, y razón del mismo.—29. Si este contrasentido puede deshacerse cuando se considere la función penal como función preventiva.—30. Continúa el mismo asunto.—31. La preocupación de la igualdad, y sus efectos.—32. Misión del Jurado en este orden.—33. Fuente única del derecho es la sociedad. Todos los miembros de ésta pueden concretarlo.—34. Más fuentes del derecho penal que la costumbre.—35. La jurisprudencia de los Tribunales debe ser considerada como fuente del derecho en materia penal.—36. Función de la jurisprudencia.—37. Si la jurisprudencia es fuente de derecho propia de las sociedades nacientes.—38. Quién crea el derecho.—39. Relación entre la función legislativa y la judicial. Ejemplos históricos.—40. La jurisprudencia es propia de todos los Tribunales.—41. Centro reductor para lograr la unidad en la jurisprudencia.—42. ¿Es fuente del derecho penal la doctrina de los jurisconsultos? ¿Puede y debe serlo?—43. Influjo de la ciencia en la formación de las leyes.—44. Doctrina del *principio ideal* de Carnevale.—45. El derecho derogado.—46. La opinión pública.—47. Los principios generales del derecho.—48. Examen de la distinción de las fuentes en inmediatas y mediatas.—49. Posible desaparición de los Códigos penales en el porvenir.

III.—La interpretación de las leyes penales..... 157

50. Necesidad de someter á revisión crítica la doctrina corriente acerca de la interpretación de las leyes. En qué sentido se debe llevar á cabo esta revisión.—51. Estado actual de la teoría relativa á la interpretación de las leyes penales. Razón del hecho. ¿Es rectificable dicha teoría?—52. Vicio radical de las concepciones jurídicas dominantes. Dualismo. La interpretación en este sistema.—53. Sobre la distinción entre la función del legislador y la del Juez. Procedimiento sintético para legislar, y analítico para juzgar, según Trendelenburg y otros. 54 Todo juicio es un silogismo.—55. Casos en que es preciso hacer uso de la interpretación.—56. La interpretación no pue-

Digitized by Google

Páginas.

de menos de existir en todo juicio.—57. Por qué en unos casos se admite la interpretación y en otros no. Crítica.—58. Quién es el legislador.—59. Lo que hay que interpretar son los hechos. *Ex facto oritur jus*. Consecuencias.—60. Se comienza á marchar por el buen camino.—61. La ciencia y el arte del derecho, según Manouvrier.—62. Cómo se debe administrar justicia.—63. Necesidad de la intervención de peritos. Valor que se debe dar á sus decisiones.—64. Es preferible la educación *ad hoc* de los Magistrados. Cómo deberá tener lugar ésta.—65. El arbitrio judicial ilustrado que se pide es distinto del antiguo arbitrio caprichoso.—66. La revolución científica moderna no puede menos de cambiar el concepto de la interpretación.—67. Modificada ésta en el sentido que se indica, la función de los magistrados penales se ennoblece. Ineptitud de la magistratura actual. *Sursum corda*.—68. No hay una teoría sobre la interpretación de las leyes penales.—69. La interpretación declarativa.—70. Interpretación de las leyes oscuras.—71. Doctrina de Beccaria.—72. Idem de Chauveau et Hélie.—73. Opiniones de otros escritores.—74. Caso de oposición entre la letra y el espíritu de la ley.—75. Tres formas de la interpretación lógica. La interpretación restrictiva.—76. La interpretación extensiva y la analógica.—77. El correccionalismo y la interpretación de las leyes. La pena es un bien.—78. El principio *pro reo*.—79. Qué es lo favorable al acusado.—80. Comienzos de reacción contra la máxima *in dubio pro reo*.—81. Si los que conceptúan la pena como un mal, pueden lógicamente combatir esta máxima. Idem de los que reputan la pena como un bien.—82. En la práctica, no es siempre una verdad el principio *pro reo*.—83. La interpretación, y su acompañante inexcusable el arbitrio judicial, son imprescindibles, principalmente en los casos más graves.—84.—Conclusiones de la doctrina expuesta en el presente capítulo.

IV.—LA LEY PENAL EN EL TIEMPO Y SUS EFECTOS. 307

85. Propósitos del presente capítulo. La doctrina general tocante á la retroactividad y no retroactividad de las leyes no es aplicable á las penales.—86. Las leyes cambian. ¿Cambia también el derecho?—87. Cómo debe deshacerse el desequilibrio entre la vida y la ley.—88. Las leyes deben tener efecto retroactivo. Doctrina general de los escritores. El argumento de los de-

Digitized by Google

Páginas.

rechos adquiridos.—89. Las leyes penales no tienen efecto retroactivo. Es un principio constitucional.—90. Diversidad de juicios en los escritores, sobre si las leyes penales tienen ó no efectos retroactivos. Conformidad en el resultado á que llegan. Verdadera razón de este resultado.—91. Diferentes principios á que se suele acudir. Contradicción que implican.—92. Nuevas incertidumbres y vacilaciones. Teoría de Lucchini.—93. Idem de Olivi.—94. Caso de la ley intermedia. Soluciones varias.—95. Caso de hechos ya definitivamente juzgados. Diversidad de opiniones.—96. Argumentos que suelen aducirse por una y otra parte.—97. Diferentes soluciones en el terreno legislativo.—98. Nuestro punto de vista acerca del particular.—99. Qué ley es la más benigna. Quién deberá declarar esto. ¿El reo mismo?—100. Otras soluciones.—101. Observaciones.—102. Más problemas.—103. La teoría de la retroactividad de las leyes penales en algunos escritores de la ciencia antropológica italiana. Crítica.—104. Idem en el correccionalismo.—105. Por qué nos hemos detenido tanto en la exposición de la doctrina tocante á la retroactividad de las leyes penales.

V.—SOBRE LA IGNORANCIA DE LA LEY PENAL..... 396

106. Incongruencia del sistema penal reinante.—107. El principio «todo el mundo conoce las leyes» es una ficción.—108. A qué motivos obedece.—109. Medios propuestos para remediar los inconvenientes de tal principio.—110. Sistema que propone Luzzatto.—111. Razonamiento á que acuden los autores para justificar en el orden penal la presunción *nemo jus ignorare censetur*.—112. Observaciones: 1.ª Falsos supuestos de que se parte. No hay actos *per se* buenos ni malos. La conciencia no es igual en todos los hombres.—113. 2.ª Holgarían los Códigos penales.—114. 3.ª Caso de haberlos, deberían ser irreformables.—115. 4.ª Juicio de la distinción entre delitos de derecho natural y delitos de derecho civil.—116. 5.ª Debieran suprimirse en los códigos muchas causas de inimputabilidad.—117. 6.ª Se contradice aquí la teoría corriente acerca de la no retroactividad de la ley más severa.—118. Se destruye la base de la imputabilidad. Apuro de los escritores. Cómo salen de él.—119. La ignorancia vencible. Crítica.—120. ¿Se admite la prueba de la ignorancia de la ley? Opiniones varias.—121. Re-

Digitized by Google

ferencia al derecho español vigente.—122. Excepciones que **suelen admitirse á la presunción de que todo** el mundo conoce **las leyes. Caso del extranjero.—123.** Otros casos de excepción.—**124. Derecho romano y leyes de Partida** acerca de este **particular.—125. Sistemas seguidos por los** códigos sobre el **principio de que se trata. Legislación española.**—126. Nuestro criterio.

Digitized by Google

Digitized by Google

FE DE ERRATAS

Página.	Línea.	Dice.	Debe decir.
17	3.ª, nota (1)	461 del tomo 82	13
158	3.ª	instituciones	constituciones
165	21 de la nota.	origen	erigen
209	1.ª	procedente	precedente
237	30 de la nota.	respecto	respeto

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LEY

DE

ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

de 14 de Septiembre de 1882, vigente en España, concordada y anotada extensamente, con arreglo á la doctrina de los autores, la práctica de los Tribunales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con todos los Formularios, *por la Redacción de la* Revista general de Legislación y Jurisprudencia, *bajo la dirección de* D. Emilio Reus.

Las radicales reformas que la ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de Septiembre de 1882 hizo en el procedimiento para la persecución y castigo de los delitos, exigía de una manera imperiosa la publicación de un libro en que se razonasen y comentasen las modificaciones introducidas en la ley orgánica del Poder judicial de 1870 y en la de Enjuiciamiento criminal de 1872, trasladadas con poco acierto en las dos Compilaciones que sucesivamente aparecieron —El completo éxito de nuestra ley de Enjuiciamiento civil nos decidió á seguir en ésta el mismo método de redacción.

La obra consta de dos tomos de 600 á 700 páginas, y se halla de venta al precio de 10 pesetas cada tomo en Madrid y 11 en provincias.

TRATADO

DE LAS

CUESTIONES PREJUDICIALES Y PREVIAS

EN EL

PROCEDIMIENTO PENAL

POR

D. ENRIQUE AGUILERA DE PAZ,
Juez de primera instancia.

CON UN PRÓLOGO DE

D. JOSÉ MARÍA MANRESA,
Director de la *Revista general de Legislación.*

Un volumen de XXIII-478 páginas.—Precio: 8 pesetas en Madrid y 8,50 en provincias.—Hijos de Reus, Editores, Cañizares, 3, segundo izquierda, Madrid.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google